الدكتور / تيسير رجب التميمي

الطلاق

بين تعسف المطلق وتفريق القاضي

دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية
في بعض البلدان العربية والمحاكم الفلسطينية



دار الفكر العربي

الطلاق

بين تعسف المطلق وتفريق القاضي

دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية والمحاكم الفلسطينية

إعداد
الدكتور تيسير رجب التميمي

الطبعة الأولى
١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي
٩٤ شارع عباس العقاد - مدينة نصر - القاهرة
٦أ شارع جواد حسني - القاهرة
ت ٢٢٧٥٢٩٨٤، ٢٢٧٥٢٧٣٥، فاكس: ٢٢٧٥٢٧٣٥
www.darelfikrelarabi.com
INFO@darelfikrelarabi.com

قدمت هذه الرسالة إلى معهد الدعوة للدراسات الإسلامية قسم الدراسات العليا في الجمهورية اللبنانية، وقد نال المؤلف (الباحث) بها درجة الدكتورة في الفقه المقارن

٢٥٤,٢
ت ي ط ل

تيسير رجب التميمي.
الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي: دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية والمحاكم الفلسطينية/ إعداد تيسير رجب التميمي. -القاهرة: دار الفكر العربي، ١٤٣٠هـ = ٢٠٠٩م.
٤٣٦ ص ؛ ٢٤ سم.
بيليوجرافية: ص ٤١٩- ٤٣٦.
تدمك: ١ ـ ٢٤٦٧ ـ ١٠ ـ ٩٧٧.
١- الطلاق (الشريعة الإسلامية). ٢- الأحوال الشخصية للمسلمين. أ- العنوان.

جمع إلكترونى وطباعة

البردي

تصميم وإخراج فنى

شيماء كمال شادي

رقم الإيداع ٣٤٥١/ ٢٠٠٩

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى الأسرة الفلسطينية

المرابطة على أرض الإسراء

وتزف لها كواكب الشهداء

أهدي هذا العمل

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الـذي خلق الذكر والأنثى؛ وجعل العلاقـة بينهما نسبـاً وصهراً، والصلاة والسلام على خير خلق الله؛ سيدنا محمد بن عبد الله ﷺ.

وبعد؛

فالزواج من سنن المرسلين، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلاً مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً وَمَا كَانَ لِرَسُولٍ أَن يَأْتِيَ بِآيَةٍ إِلاَّ بِإِذْنِ اللَّهِ لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٌ (٣٨)﴾ [الرعد]، وهو من سنن الإسلام التي عَنِيَتْ بها الشريعـة إبقاءً للنوع، قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً ...(٧٢)﴾ [النحل].

ولما كان الزواج محقِّقاً للمصالح الدينية كتأمين العفة والإحصان، وبثٍّ نسلٍ يعبد الواحد الديان؛ فإنه يحقق مصـالح دنيوية عظيمة من أظهرها بناء الأسرة التي يسكن فـيها كلٌّ من الزوجين إلـى الآخر، ويجد عنده المشـاعر الدافـئة والعـاطفة الحميمة.

ولتحقيق هذه المصـالح السامية فقد نبه اللـه - عز وجل - في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (٢١)﴾ [الروم] إلى أن الأساسَ في العـلاقةِ الزوجـيةِ المودةُ والرحمـةُ، وأن بقاءَها يقومُ على حسن العـشرة، والقول بالمعروف أخـذاً من قوله سبحانه: ﴿... وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ... (٢٢٨)﴾ [البقرة].

ولما كانت النفس الإنسانية مـفطورة على الحب والبغض، والوئام والخلاف، فقد أرشـد الله سبحـانه الزوجين ألاَّ يتأثرا بهذه العوارض الإنسـانية، فلا يتـعجلا الخصام والفراق فـقال تعالى: ﴿... وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا (١٩)﴾ [النساء].

فإذا ساءت العشرة بينهما وتنافرت طباعهما، وحلت القطيعة مكان الرحمة والمودة، واستعصت خلافاتهما على الحل والإصلاح، شرع الله - تعالى الطلاق - على بغض له - لقوله ﷺ «**أبغض الحلال إلى الله الطلاق**»، وهذا لعلمه أن الطلاق لا يُلْجأُ إليه إلاَّ لمبرر شرعي، وأنه حق الزوج إذا دعته إليه الدواعي والأسباب.

فإذا تجاوز الزوج هذا الحد واستعمل حقه في الطلاق دون مبرر شرعي على وجه يضر بالزوجة؛ وينطوي على ظلمها والحيف عليها؛ فقد أساء استعمال حقه وتعسف في إيقاعه دون مسوغ شرعي، متجاوزاً حدود الله ومنتهكاً قدسية الميثاق الذي غلَّظه الله تعالى بقوله: ﴿... **وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا**(٢١)﴾ [النساء].

وإذا كان الشارع - سبحانه - قد نهى الرجل عن استعمال حقه الشرعي في الرجعة للإضرار بالزوجة، وَعَدَّهُ مُتعدياً بذلك في قوله - تعالى -: ﴿... **وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ** ...(٢٣١)﴾ [البقرة]، فمن المؤكد أن استعماله حقه في الطلاق بغير مبرر شرعي منهيٌ عنه، لما فيه من إضرارٍ مُحَقَّقٍ بالأبناء، وإهدارٍ لحقوق الزوجة كطردها من المسكن وحرمانها من الميراث؛ وهذا منهي عنه، فقد «قضى رسول الله ﷺ أن لا ضرر ولا ضرار».

ومثلما راعت الشريعة حق الزوجة في رفع الضرر الواقع عليها باعتبارها الطرف الأضعف إذا أضر زوجها بها بالترافع إلى القضاء طالبة التفريق أو التطليق إعمالاً للقاعدة الشرعية «الضرر يزال»، فقد راعت حقها كذلك في رفع الضرر الواقع عليها بسبب الطلاق التعسفي بالترافع إلى القضاء طالبة تحميل المطلق مسؤولية ذلك.

ولتجلية موقف الشريعة والقضاء المعاصر من مسألة التعسف في الطلاق؛ فقد اخترت هذا الموضوع للتسجيل فيه للدرجة العالمية (الدكتوراه) تحت عنوان «**الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي**»؛ دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية والمحاكم الفلسطينية.

ومن أبرز أسباب اختياري هذا الموضوع:

١- ما أثير من جدل واسع حول مسألة الخلع، وسلطة القاضي في الحكم به عند رفض الزوج إيقاع الطلاق إضراراً بالزوجة، وبالأخص بعد إقراره في قانون الأحوال الشخصية المصري قبل ستة أعوام.

٢- ما يثار اليوم من شبهات حول واقع المرأة في المجتمعات الإسلامية وبالتحديد مكانتها في الأسرة، وحول ما تتعرض له من إجحاف وتمييز على أساس الجنس ونسبة ذلك إلى الإسلام، واتخاذه ذريعة لتدخل القوى الخارجية في القضايا الداخلية للمجتمعات الإسلامية.

٣- ضعف الثقافة في الجانبين القانوني والقضائي في مسائل الأحوال الشخصية لدى معظم الناس، هذا بالإضافة إلى عدم إحاطتهم الكاملة بالجانب الفقهي الصحيح لهذه المسائل واعتمادهم التسامع أو استفتاء غير ذوي الاختصاص وسائلَ لمعرفة الأحكام الشرعية فيها.

وتأتي أهمية هذا الموضوع أنه يسهم في تعديل بعض المفاهيم الخاطئة فيما يتعلق بمكانة المرأة وحقوقها في الإسلام؛ وبالأخص في مسائل الزواج والطلاق، والتي نشأت نتيجة التطبيق غير الصحيح لأحكام الشريعة مجردة عن ضوابطها الأخلاقية، ونتيجة ضعف الوازع الديني وغياب تقوى الله وخشيته من حياة الناس وعلاقاتهم وتعاملاتهم.

توضح هذه الدراسة امتلاك المرأة الحق في طلب فصم عرى الزواج، فإذا كان الإسلام قد منح الرجل حق إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، فقد قيَّد حقه هذا؛ ورتَّب عليه الجزاء إذا أساء استعماله، أو اتَّخذه سلاحاً يشهره في وجه الزوجة مهدداً أمن الأسرة واستقرارها. ومنح المرأة في الوقت ذاته حق طلب إنهاء الحياة الزوجية في حالات عديدة بطلب التفريق بينها وبين زوجها بواسطة القاضي.

فالحاجة ماسة - من وجهة نظري - إلى بيان الأحكام والقيود والضوابط التي تحمي الأسرة والمرأة من تعسف الرجل سواء في الطلاق وغيره من تدليس بإخفاء العيوب، أو مضارةٍ بالغيبة أو سوء العشرة أو منع النفقة، وبالأخص في هذه

الظروف التي تتعاظم فيها الهجمة على الإسلام، وتُثار حوله الشكوك والشبهات في قضايا المرأة والأسرة؛ وما يماثلها من قضايا ومواضيع داخلية، وتزداد محاولة تدويلها للضغط على المجتمعات المسلمة وإخضاعها لثقافة العولمة جبراً عليها.

تشمل الدراسة المواضيع والمسائل التي تسهم في إزالة بعض الضرر الواقع على المرأة بسبب الطلاق الذي يتعسف زوجها في إيقاعه عليها، أو بسبب رفضه طلاقَها تحكّماً بها وإذلالاً لها، وتشمل أيضاً سلطة القاضي في ذلك.

أما من حيث المنهج المتبع في هذا الكتاب؛ فمن أهم ملامحه ما يلي:

أولاً: الجانب الفقهي

١- استقراء آراء العلماء وتتبع أقوال الفقهاء في المسائل المتفرعة عن مواضيع الدراسة.

٢- الرجوع إلى المصادر الأصلية في دراسة المسائل الفقهية، وتدعيمها بالأدلة النقلية من القرآن الكريم والسنة النبوية.

٣- عزو الآيات الكريمة إلى مواضعها في القرآن الكريم، وعزو الأحاديث النبوية إلى مصادرها، أما الحكم عليها ففي متن الكتاب أثناء مناقشة الأدلة أو الترجيح من أقوال الفقهاء، واعتماد الخط الغامق في كتابتها.

٤- بذل الوسع في فهم المسائل والموازنة بين آراء الفقهاء، وترجيح ما يبدو أنه راجح منها بعد دراستها ومناقشتها والنظر في أدلتها.

٥- ترتيب أقوال الفقهاء حسب تسلسلها الزمني، بدءاً بالمذهب الحنفي ثم المالكي ثم الشافعي ثم الحنبلي وانتهاءً بالظاهري.

ثانياً: الجانب القانوني

١- ترتيب القوانين المعتمدة في هذه الدراسة حسب تسلسلها الزمنى، فأولها القانون المصري ثم السوري ثم الأردني ثم التونسي ثم الكويتي ثم العربي الموحد، ثم الفلسطيني.

٢- اعتماد الخط المظلل لإظهار المواد والنصوص القانونية.

٣- الاستعانة بأسماء وتواريخ وأماكن وهمية غير حقيقية في الدعاوى وإجراءات التقاضي، أما الحقيقي منها فلا صلة له بالوقائع أو الأحداث الفعلية، فالهدف منها منحصر في الغرض البحثي فقط.

٤- توضيح أوجه الاختلاف والشبه بين قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية، وبيان ما في بعضها من تَمَيُّزٍ وتَفَرُّدٍ في معالجة القضايا المستجدة، أو التي تثار في ساحات القضاء، وما فيها من قصورٍ - إن وجد - عن تلبية احتياجات الناس وتقديم الحلول لمشاكلهم التي يواجهونها.

٥- توضيح المستند الشرعي لبعض النصوص القانونية التي يظن بعض الناس من غير المتخصصين أنها مخالفة للشرع، لأنها تخالف الأعراف الاجتماعية والفقهية والقضائية التي اعتادوها وتربَّوْا عليها.

وقد قسمت هذه الدراسة على النحو التالي:

الباب التمهيدي، وعنوانه «الطلاق مشروعيته وتقسيماته».

وهو مدخل توضيحي لموضوع الدراسة يتكون من فصلين؛ يبينان حقيقة الطلاق ومشروعيته وتقسيماته.

الباب الأول، وعنوانه «الطلاق التعسفي وآثاره».

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: تأصيل مبدأ التعسف في استعمال الحق في الفقه

ويتكون من ثلاثة مباحث تتناول المراد بالحق والتعسف وحكمهما، ومعايير التعسف والجزاء المترتب عليه.

الفصل الثاني: مدى انطباق مبدأ التعسف في استعمال الحق على الطلاق

ويتناول من خلال مَبْحَثَيْه حظر الطلاق وعدم إباحته إلاَّ للضرورة، وتوضيح مفهوم الطلاق التعسفي وصفته.

الفصل الثالث: الآثار المترتبة على التعسف في استعمال الحق في الطلاق في الفقه والقضاء

ويقع في أربعة مباحث توضح مشروعيـة المتعة، والمستند الشرعي للتعويض عن الطلاق التعسفي، وموقف القانون منهما.

الباب الثاني، وعنوانه «التفريق بواسطة القضاء».

وفيه تمهيد وثلاثة فصول:

التمهيد: شرعية اللجوء إلى القضاء في باب الطلاق

وهو مدخل لهذا الباب يبين دور القضاء في انحلال الزواج سواء كان بحكم الشرع أو بحكم القاضي.

الفصل الأول: التطليق لعدم الإنفاق في الفقه والقضاء

وفيـه أربعة مـباحث تتناول الْتـزام الزوج بالإنفـاق على زوجتـه، وموقف القانون من حقـها في التفريق إذا أعسـر بنفقتها، وإجـراءات دعوى التطليق للعدم الإنفاق.

الفصل الثاني: التطليق للضرر في الفقه والقضاء

وفيه ثلاثة مباحث توضح الأحكام الشرعـية والقانونية للتطليق بسبب الضرر المترتب على سوء العشرة أو على العيب أو على الغَيْبَة والحبس.

الفصل الثالث: فرقة الخلع بين التراضي والتقاضي في الفقه والقضاء

ويتكون من سـتة مـباحث تدور حـول مشروعـية الخلع وآثاره والـنصوص القانونية التي تنظم أحكامه، وإجراءات دعوى الخلع لدى المحاكم الشرعية.

الخاتمة: وفيها عرض لأهم النتائج والتوصيات.

فهرس المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة

الباب التمهيدي

مشروعية الطلاق وتقسيماته

وفيه فصلان:

الفصل الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته

الفصل الثاني: تقسيمات الطلاق

الفصل الأول

تعريف الطلاق ومشروعيته

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف الطلاق

المبحث الثاني: مشروعية الطلاق

المبحث الأول

تعريف الطلاق

الطلاق في اللغة: من طلق طلوقاً وطلاقاً تحـرر من قيده، وطَلُقَتْ المرأة من زوجها طلاقاً: تحررت من قيـد الزواج وخرجت من عصمته. وأطلق الشيء: حلَّه وحرره، وأطلق له العنان: أرسله وتركه، وأطلق الكلام: لم يقيده بشيء.

والطلاق اسم مصدر طلَّق بالتشديد أو بالتخفيف، يقال: طلقت المرأة طلاقاً فهي

طالق، والعرب تفرِّق بين اللفظين عند اختلاف المعنيين فتقول: أطلقت إبلي وأسيري، وأطلقت امرأتي في النكاح.

وللطلاق مـعان أخـرى، منها الفـراق والتـرك، يقال: طلَّقت القـوم أي تركتهم. والتخلـية والإرسال، مأخوذ من قولهم: طالق إذا خُليت مـهملة من غير راع. وحل القيد كحل قيد الفرس، أو معنوياً كالعصمة فإنها تحل بالطلاق، ويقال لمن أُعتِقَ طليـقا: أي صار حـراً، والتَّخْلِيَة من الـوثاق، يقال: أطلقت البعـير من عقاله وطلقته وهو طالق وطلْق: بلا قيد(١).

الطلاق في الاصطلاح: اخـتلفت تعـريفـات الفـقهـاء للطلاق باخـتـلاف مذاهبهم، منها ما يلي:

---

(١) ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري: لسان العرب ١٠/ ٢٢٥-٢٣٠، دار الفكر- دار صـادر، بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٧، الفـيومي: أحمـد بن محـمد بن علي، المصبـاح المنير في غريب الشـرح الكبير، بعناية يوسف الشيـخ محمد ص ١٩٥، المكتبة العصـرية بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٦، الراغب الأصـفهاني: أبو القـاسم الحسين بن محـمد، المفردات فـي غريب القرآن ص ٣٠٦ دار المعـرفة بيـروت- لبنان، بدون طبعـة وتاريخ، الرازي: محـمد بن أبي بكر، مـختـار الصحاح ص ٣٩٦، دار الـدعوة، استـانبول- تركـيا بدون طبـعة ١٩٨٧.

تعريفات الحنفية

١- (رفع الحل الذي صارت به المرأة محلا للنكاح إذا تم العدد ثلاثاً)[١].

٢- (رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص)[٢].

٣- (إزالة النكاح أو نقصان حله بلفظ مخصوص)[٣].

٤- (رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص)[٤].

ويعترض على القول الأول - وهو موجَب الطلاق - وعلى التعريف الثالث بأنهما غير جامعَين، حيث إن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح كما ورد فيهما، ويصدق القول الأول على البائن بينونة كبرى دون غيره؛ لورود قيد "إذا تم العدد ثلاثاً" فيه.

تعريفات المالكية

١- (صفة حكمية ترفع حِلِّيَّةَ متعة الزوج بزوجته موجباً تكرُّرُها مرتين للحر ومرة لذي رق حرمتَهَا عليه قبل زوج)[٥].

٢- (رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح)[٦].

يعترض على التعريف الثاني بأنه ينطبق على الطلاق البائن فقط، ولا يدخل فيه الطلاق الرجعي، فالمتعة فيه غير مرتفعة لأن الزوج لا زال يملك الرجعة حتى انتهاء العدة.

(١) السرخسي: شمس الدين، المبسوط ٦/٢، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٣.

(٢) ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير ٣/٤٤٣، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٥.

(٣) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٣/٢٥٣.

(٤) الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي الحنفي: الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، المطبوع مع حاشية رد المحتار امحمد أمين الشهير بابن عابدين ٣/٢٢٧-٢٢٨.

(٥) الرعيني: أبو محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبط الشيخ زكريا عميرات ٥/٢٦٨، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٥.

(٦) التسولي: علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، ضبط محمد عبد القادر شاهين١/٥٣٦، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٨.

تعريفات الشافعية

١- (تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب فينقطع به النكاح)[١].

٢- (حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه)[٢].

يعترض على التعريف الأول بأنه قصر الطلاق في جهة الزوج؛ بحيث يملك هو فقط إيقاعـه، فللمرأة أن تطلب الطلاق من القاضي في أحوال محددة كالعنة وسوء العشرة.

ويعترض على التعريفين بأنهما يقصران الطلاق على الذي تَبِينُ به الزوجة، مع أن الرجعي طلاق بدليل نقصان عدد الطلقات التي يملكها الرجل.

تعريفات الحنبلية

١- (حل قيد النكاح)[٣].

٢- (حل قيد النكاح أو بعضه)[٤].

يعترض على التعريف الأول من وجهين:

الأول: اقتصاره على الطلاق البائن دون ذكر الطلاق الرجعي.

الثاني: لا يتضمن التعريف الإشارة إلى أن الطلاق هو ألفاظ مخصوصة.

ويعترض على التعريف الثاني لخلوه من هذه الإشارة.

وبعد النظر في تعريفات الطلاق فقـد اخترت تعريف الحصكفي وهو: (رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص) لما يلي:

---

(١) النووي: أبو زكريا محي الدين شرف تهـذيب الأسماء واللغـات٣/ ١٧٨، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٦.

(٢) الخطيب الشربيني: شمس الدين محـمد، مغني المحتاج إلى معرفة مـعاني ألفاظ المنهاج، بعناية محمد خليل عيتاني٣/ ٣٦٨، دار المعرفة بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٧.

(٣) الميداني: عـبد الرحمن حـسن حبنكة، ضوابط المعـرفة وأصول الاسـتدلال والمناظرة ص ٣٨٤- ٣٩٣، دار القلم دمشق، ط٥، ١٩٩٨.

(٤) المصدر ذاته.

١- أنه جامع مانع، وهذا من شروط أي تعريف؛ أي يجمع جميع أفراد النوع الذي يتم تعريفه؛ ويمنع ما سواه من الدخول ضمن التعريف[١].

٢- قوله: في الحال أو المآل يدخل فيه الطلاق الرجعي الذي ينقص عدد الطلقات، والطلاق البائن سواء في ذلك البينونة الصغرى والكبرى.

٢- قوله: بلفظ مخصوص ضبط للطلاق من الوقوع إلا بالألفاظ المخصوصة وهي الألفاظ الصريحة أو الألفاظ الكنائية.

(١) ابن قدامة: أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني على مختصر الخرقي، ضبط عبد السلام محمد علي شاهين ٧/ ٦٦ دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٧.

المبحث الثاني

مشروعية الطلاق

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الأدلة على مشروعية الطلاق

ثبتت مشروعية الطلاق بأدلة كثيرة منها:

١- قال تعالى: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ... (٢٢٩)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: تدل الآية الكريمة على أن الطلاق مشروع، وأن الرجل يملك على زوجته طلقتين إذا أراد الإمساك بالمعروف، وإن لم يرد فعليه أن يسرّح بإحسان[1].

٢- قال تعالى: ﴿لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ ... (٢٣٦)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: أن الله عز وجل قد نفى الحرج عن الذي يطلق زوجته قبل البناء والجماع

وتسمية المهر، ونفي الحرج يدل على مشروعيته[2].

٣- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ... (١)﴾ [الطلاق].

وجه الدلالة: يخاطب الله تعالى رسوله ﷺ بإيقاع الطلاق حسبما أمر، والخطاب وإن وجه إلى الرسول ﷺ؛ إلاّ أنه عام للمسلمين[3].

---

(١) ابن الهمام: فتح القدير٣/ ٤٤٣، ابن قدامة: المغني٧/ ٦٦.

(٢) ابن الهمام: فتح القدير٣/ ٤٤٥.

(٣) البابرتي: أكمل الدين محمد بن محمود، العناية شرح الهداية ٣/ ٣٦١، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٥، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٣/ ٣٦١.

٤- قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا...(٢٠)﴾ [النساء].

وجه الدلالة: يبيح الله عز وجل في هذه الآية للرجل أن يستبدل بزوجته زوجة أخرى؛ والاستبدال لا يكون إلاً بالطلاق؛ مما يدل على مشروعية الطلاق[(١)].

٥- طلق عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - امرأته وهي حائض، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال: **«مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إذا شاء أمسك بعدُ وإن شاء طلَّق قبل أن يمسَّ، فتلك العدة التي أمر الله أن يُطلَّق لها النساء»**[(٢)].

وجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ نهى عن تطليق الرجل زوجتَه أثناء حيضها، وبين أن الطلاق المأذون به هو الطلاق الذي يقع في طهر لم يمسها فيه[(٣)].

٦- **«طلق النبي ﷺ حفصة ثم راجعها»**[(٤)].

وجه الدلالة: طلاق الرسول ﷺ حفصة يدل على مشروعية الطلاق، قال ابن الهمام: (وبه يبطل قول القائلين لا يباح إلا لكِبَرٍ أو ريبة، فإن طلاقه حفصة لم يقرن بواحد منهما)[(٥)].

---

(١) انظر ابن قدامة: المغني٧/ ٣٦، القرطبي: عبد الله بن محمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن٣/ ٨٣- ٨٤، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط٥، ١٩٩٦.

(٢) البخاري: محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح المسند، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ٣/ ٣٨٦، حديث رقم ٥٢٥١، مكتبة الأصولي دمنهور، بدون طبعة، ١٩٩٨.

(٣) انظر ابن الهمام: فتح القدير٣/ ٤٦٢- ٤٦٣، ابن قدامة: المغني٧/ ١٨٣.

(٤) أخرجه أبو داود وصححه الألباني، السجستاني أبو داود سليمان بن الأشعث سنن أبي داوود، تحقيق صدقي محمد جميل٢/ ٢٦٦ حديث رقم٢٢٨٣، دار الفكر بيروت- لبنان، بدون طبعة، ١٩٩٤، الألباني: محمد ناصر الدين إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل٧/ ١٥٧، حديث رقم٢٠٧٧، المكتب الإسلامي بيروت- لبنان ط٢، ١٩٨٥.

(٥) ابن الهمام: فتح القدير٣/ ٤٦٣، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٣/ ٣٦٨.

٧- قال ابن عمر - رضي الله عنهما -: كانت تحتي امرأة أحبها وكان أبي يكرهها، فأمرني أبي أن أطلقها فأبيتُ، فذكرتُ ذلك للنبي ﷺ فقال: «يا عبد الله ابن عمر طلِّق»(١).

وجه الدلالة: في الحديث دليل على مشروعية الطلاق، ولو لم يكن مشروعاً لما أمر ﷺ عبد الله بن عمر بن الخطاب - رضي الله عنهما - أن يطلِّق زوجته التي كان والده عمر بن الخطاب لا يحبها(٢).

٨- بالإجماع، فقد انعقد الإجماع بين المسلمين من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على جواز الطلاق(٣). وطلق عدد من الصحابة رضوان الله عليهم زوجاتهم، ولم ينكر أحد عليهم، و لو كان الأمر عكس ذلك لأنكروا عليهم هذا الصنيع، لِمَا عُرِفَ عن الصحابة الأبرار من الجرأة في قول الحق، مثال ذلك:

* طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه زوجته أم عاصم(٤).
* طلق الصحابي الجليل عبد الرحمن بن عوف زوجته تماضر(٥).
* كان الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه كثير الطلاق(٦).

٩- بالمعقول، (فربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضرراً مجرداً؛ بإلْزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة

---

(١) رواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح، الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة: الجامع الصحيح، تحقيق محمود محمد محمود حسن نصار٢/ ٢٤٣ حديث رقم ١١٨٩، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان،ط١، ٢٠٠٠.

(٢) انظر ابن الهمام: فتح القدير٣/ ٤٤٤- ٤٤٥.

(٣) ابن المنذر: محمد بن إبراهيم، الإجماع ص ٤٣ دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط٢، ١٩٩٨، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٣/ ٣٦٨، ابن قدامة: المغني٧/ ٦٦.

(٤) الصنعاني: أبو بكر عبد الرزاق بن همام، المصنف، تحقيق أيمن نصر الدين الأزهري٧/ ١٢٠رقم ١٢٦٥٢، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ٢٠٠٠.

(٥) الدارقطني: علي بن عمر، سنن الدارقطني٤/ ٣١ حديث رقم (٤٠٠٥) دار الفكر، بيروت- لبنان، بدون طبعة، ١٩٩٤.

(٦) ابن الهمام: فتح القدير٣/ ٤٤٦.

والخصومة الدائمة من غير فائدة، فاقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه)[1].

الفرع الثاني: خضوع الطلاق للأحكام التكليفية

لا تنصرف مشروعية الطلاق في نظر فقهاء المذاهب إلى وجوب العمل به، ولا ينصرف النهي عنه إلى التحريم المطلق، بل تعتريه الأحكام التكليفية من وجوب وتحريم وكراهة وندب.

فقد يكون الطلاق واجباً كالحالات التالية:

* علم الزوج أن بقاء الزوجة في عصمته يوقعه في محرم كتقصيره في النفقة أو غيرها[2].

* طلاق المولي وطلاق الحكمين عند الشافعية[3] والحنبلية[4].

* الخوف من عدم إمساكها بالمعروف عند الحنفية[5].

وقد يكون الطلاق حراماً في حالات منها:

* لو علم أنه إن طلقها وقع في الزنا لتعلُّقِه بها أو لعدم قدرته على تزوج غيرها[6].

* طلاق الحائض أو في طهر مسها فيه عند الحنبلية[7].

---

(١) ابن قدامة: المغني٧/ ٦٦.

(٢) انظر الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تخريج آيات وأحاديث محمد عبد الله شاهين٣/ ٢٣٩ دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٦.

(٣) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣ / ٤٠٤.

(٤) انظر ابن قدامة: موفق الدين عبد الله بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، تحقيق محمد فارس وسعد عبد الحميد السعدني٣/ ١٠٦، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٤.

(٥) انظر ابن عابدين: محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار٣/ ٢٢٩، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط٢، ١٩٦٦.

(٦) انظر حاشية الدسوقي٣/ ٢٣٩.

(٧) انظر ابن قدامة: الكافي٣/ ١٠٦.

* وعمم الحنفية[1] والشافعية[2] فحرموا الطلاق البدعي.

وقد يكون مكروهاً في حالات منها:

* كما لو كان له رغبة في النكاح أو يرجو به نسلاً، ولم يمنعه بقاؤها عنده عن عبادة واجبة ولم يخش الوقوع في الزنا إذا طلقها[3].
* إذا أوقع الطلاق لغير حاجة فهو مكروه عند الحنبلية[4].
* طلاق الزوجة المستقيمة في دينها وخلقها وحالها مكروه عند الشافعية[5].

وقد يكون الطلاق مستحباً كما في الحالات التالية:

* لو كانت بذيئة اللسان يخاف منها الوقوع في الحرام عند المالكية[6].
* إذا كان حالها غير مستقيم كسيئة الخلق عند الشافعية[7].
* إذا كانت تؤذي زوجها أو مفرِّطة في حق الله تعالى عند الحنفية[8].
* إذا كانت الزوجة مفرِّطة في حقوق الله تعالى، أو تضر بالزوج حالة الشقاق، أو كانت غير عفيفة لأن إمساكَها نقصٌ ودناءة؛ وربما أفسدت فراشه وألحقت به ولداً من غيره[9].

الفرع الثالث: حكمة مشروعية الطلاق

من خصائص عقد الزواج في التشريع الإسلامي أنه عقد أبدي، ومستمر باستمرار حياة الزوجين، فلا يجوز توقيته بزمن معين أو تعليقه على مصلحة

(١) انظر حاشية ابن عابدين٣/ ٢٢٩.
(٢) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٣/ ٤٠٤.
(٣) انظر حاشية الدسوقي٣/ ,٢٣٩
(٤) انظر ابن قدامة: الكافي٣/ ١٠٦.
(٥) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٣/ ٤٠٤.
(٦) انظر حاشية الدسوقي٣/ ٢٣٩.
(٧) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٣/ ٤٠٤.
(٨) انظر حاشية ابن عابدين٣/ ٢٣١.
(٩) ابن قدامة: الكافي٣/ ١٠٦.

خاصة؛ تحقيقاً لمبدأ الاستقرار النفسي بين الزوجين، وتمتيناً للمودة والرحمة الناشئة بين القلبين الذين ارتبطا عن إرادة حرة واختيار كامل؛ مبنيٌّ على أساس التوافق في المبادئ والمنطلقات، والرغبة في التوصل إلى نفس الأهداف والنتائج.

أقام الإسلام العلاقة بين الزوجين على أساس المودة والرحمة، وشرع الأحكام التي تضمن قوتها واستقرارها واستمرارها:

فقد أرشدهما إلى حسن المعاشرة بالرفق وتبادل الصبر والصفح عن الزلأت؛ قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا (١٩)﴾ [النساء]، وقال ﷺ «لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقاً رضي منها آخر»(١)، وذكَّرهما أن الله تعالى منَّ على كل منهما بزوج من جنسه؛ لتسكن إليه نفسه؛ قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (٢١)﴾ [الروم].

وعمل على توثيق الرابطة الزوجية بالخِطبَة التي تسهم في تعارفهما، وبالكفاءة التي تساعد في تآلفهما، وبالرضا الذي يضمن توافقهما.

ووجَّه هذه الرابطة إلى تحقيق مقاصد الزواج بالتفاني المشترك في الأسرة ومصالحها؛ وتقديم شؤونها على بعض القربات والنوافل، وبمعالجة النشوز بوسائل العلاج التدريجية

وعمل على صيانة الحياة الزوجية؛ بالتنفير من الطلاق ابتداء؛ وتمليكه للرجل لأنه الأقدر غالباً على ضبط النفس في حالة الخلاف، وبتحديد كيفية إيقاعه؛ حيث قرر تعدُّدَ الطلقاتِ وتفريقَها تجنباً للندم، وشرع العدة والرجعة لاستدراك التسرع ومراجعة النفس؛ قال تعالى: ﴿... وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ... (٢٢٨)﴾ [البقرة]. وأسكن المعتدة في بيت الزوجية لتقريب المسافة النفسية بين الزوجين ولمنع التدخل الخارجي، ورتب على الطلاق تبعات مالية عديدة، وحرم المطلقة ثلاثاً على مطلقها، وشرع التعدد الذي يعتبر حلاً وسطاً وبديلاً عن الطلاق في بعض الحالات.

---

(١) رواه مسلم برقم ٢٦٧٢.

لكن التشريع الإسلامي راعى احتمال حصول عدم التوافق بين هذين القلبين عند الاختلاف، ولم يغفل طبائع النفوس وما يعتريها من اضطرابات وأحوال قد تؤدي إلى التنافر والخلاف، فسعى في لمِّ الشمل بين الزوجين، ودعا إلى بذل الجهد لإعادة التوافق بينهما ورأب الصدع الحاصل في الأسرة، بالتدخل العائلي المتمثل في بعث الحكمين للإصلاح بينهما في قوله تعالى: ﴿... فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ... (٣٥)﴾ [النساء]؛ بالتصالح داخليًا والتنازل عن بعض الحقوق.

ثم أباح التفريق بين الزوجين؛ وأجاز على مضض هدم ذلك الصرح الاجتماعي أملاً في تمكين كل واحد منهما أن يأخذ حريته، وأتاح الفرصة أمام كل منهما لبناء صرح جديد، وإنشاء أسرة نقية مع شريك آخر؛ تحقيقاً لمصلحته وسعياً في إسعاده من جديد؛ مصداقاً لقول الله - عز وجل -: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ...(١٣٠)﴾ [النساء].

صان الدين الإسلامي هذا الميثاق الغليظ عن التلاعب به، وضيّق فرص العبث بمبادئه، وحذر من هدم أسسه[1]؛ بل أبغض الإقدام على نقضه إلا لظروف قاهرة، لأن فيه إفساداً بإبطال مصالح الدين والدنيا المتحققة بالزواج؛ قال تعالى: ﴿... وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفَسَادَ (٢٠٥)﴾ [البقرة]؛ وهذا معنى بغضه تعالى له وعدم رضاه به؛ قال ﷺ «أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق»[2]، إلا لتباين الأخلاق وفوات مقاصد الزواج؛ بإلزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع الخصومة الدائمة[3].

---

(١) انظر: الغندور: أحمد، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ص ٣٣٣، مكتبة الفلاح، ط٤، ١٩٩٢، السباعي: مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية٢/ ٢١٢ دار الوراق- بيروت، ط٩، ٢٠٠١، السمني: حسن علي، الوجيز في الأحوال الشخصية ص ٣١٧- ٣١٩، بدون طبعة، ١٩٩٨- ١٩٩٩.

(٢) أخرجه الحاكم وصححه، ورواه أبو داود، وفي إسناد أبي داود يحيى بن سليم وفيه مقال. والبيهقي مرسلاً، ورواه الدارقطني عن معاذ بلفظ: «ما خلق الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق» قال الحافظ: وإسناده ضعيف ومنقطع، انظر نيل الأوطار ٦/ ٢٦٢، سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني٣/ ٢٠٥ ط٤، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.

(٣) الكاساني: علاء الدين بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود٤/ ٢٠٤، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٧، ابن قدامة: المغني٧/ ٦٦.

ثم إن القــرآن الكريم نص على أن الـطلاق ثلاث مـرات؛ لـتكون الأولى والثـانية بمثـابة إنذارين لتنـبيـه الزوج إلى تجـربة نفسـه وترويضـها عـلى الصبـر والاحتمـال، ولتنبيه الزوجة إلى إحـسان العشرة وتجنب كل مـا يؤدي إلى الفرقة، فإذا لم يُجْدِ الإنذار بعد الإنـذار ووقعت الطلقة الثالثة عُلِمَ أنه ليس في زوجيَّـتهما خير، وأن الانفصال الباتَّ بينهما أولى[1].

(١) انظر: فتح القدير ٣/ ٤٤٦.

الفصل الثاني

تقسيمات الطلاق

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: من حيث دلالة اللفظ على الطلاق

المبحث الثاني: من حيث حكم الطلاق الواقع بالصيغة

المبحث الثالث: من حيث الصيغة واشتمالها على التعليق

المبحث الرابع: من حيث عدد الطلقات ووقت إيقاعها

المبحث الأول

من حيث دلالة اللفظ على الطلاق

يقسم الطلاق من حيث دلالة اللفظ إلى قسمين:

القسم الأول: الطلاق الصريح

هو (ما تضمن لفظ الطلاق على أيٍّ وجه)[1]، ويشمل كل لفظ من مادة الطلاق كأنت طلاق أو أنت مطلقة أو طلقتك، أو امرأتي مطلقة[2]، أما إذا قال لها: أنت علي حرام؛ أو حلالُ الله علي حرام، فإن غلب استعماله بين الناس وكان عرفاً جارياً على ألسنتهم فيقع صريحاً[3]، ورجح ابن عابدين أن لفظ «عليٍّ الحرام» أو نحوه يعتبر من صريح الطلاق ولا يحتاج إلى نية للعرف الشائع باستعماله في الطلاق، ويقع به بائناً.

واتفق الفقهاء على أن حكم الطلاق الصريح الوقوع في الحال عند التلفظ به؛ ويترتب عليه أثره دون توقف على نية المطلق، سواء قصد إيقاع الطلاق أو لم يقصد[4].

القسم الثاني: الطلاق الكنائي

هو (ما جرى العرف بأن يُطَلَّق به في اللغة والشرع)[5].

---

(١) البغدادي، القاضي عبد الوهاب المالكي: المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق حسن عبد الحق، ٢/ ٨٤٦، دار الفكر، بدون طبعة، ٢٠٠٢.

(٢) ابن الهمام: فتح القدير٤/ ٣، النووي: محي الدين بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تقديم عبد الله عمر البارودي٧/ ٢١، دار الفكر بيروت- لبنان، بدون طبعة، ١٩٩٥.

(٣) النووي: روضة الطالبين٧/ ٢٣.

(٤) انظر ابن الهمام: فتح القدير٤/ ٤، القاضي عبد الوهاب: المعونة٢/ ٨٤٦، النووي: روضة الطالبين٧/ ٢٣-٢٤، ابن قدامة: المغني٧/ ٨٣- ٨٤.

(٥) القاضي عبد الوهاب: المعونة٢/ ٨٤٧.

وألفاظه كثيرة؛ مثل أنتِ خليَّة وبَرِيَّة وبائن وبتَّة وحرام؛ وحبلُك على غاربك، وأنت علي كالميتة والدم ولحم الخنزير؛ والحقي بأهلك واعتدي[1].

اختلف الفقهاء في حكم طلاق الكناية على مذهبين:

المذهب الأول: مذهب الحنفية والحنبلية أن طلاق الكناية يقع إذا نوى الطلاق؛ أو إذا دلَّت القرينة أو دلالة الحال على إرادة إيقاع الطلاق، نوى أم لم ينوِ[2].

المذهب الثاني: لا يقع طلاق الكناية إلا بالنية فحسب، ولا عبرة بدلالة الحال أو القرينة، وهو قول المالكية والشافعية[3].

وأرى عدم وقوع طلاق الكناية إلاَّ إذا نواه المطلّق؛ لما روي أن ركانة طلَّق امرأته ألبتة، فأتى الرسول ﷺ «فقال: ما أردْتَ ؟ قال: واحدة، قال آلله ؟ قال: آلله، قال: هو على ما أردْتَ»[4]. والصفة كالعدد[5].

أما لفظا الفراق والسراح فاختلف الفقهاء أهما من ألفاظ الطلاق الصريحة على مذهبين:

المذهب الأول: ليسا من ألفاظ الطلاق الصريح، بل من ألفاظ الكناية فلا بد لوقوع الطلاق بهما من نيته؛ وهو قول الحنفية والمالكية، لكن الإمام مالكاً اعتبرهما من الكنايات الظاهرة التي يقع الطلاق بها من غير نية. وعللوا ذلك بأنهما يستعملان في غير الطلاق كثيراً، فلم يكونا صريحين فيه كسائر الكنايات[6].

---

(١) ابن الهمام: فتح القدير٤/ ٨- ٩، القاضي عبد الوهاب: المعونة٢/ ٨٤٧ النووي: روضة الطالبين٧/ ٢٤- ٢٥، ابن قدامة: المغني٧/ ٨٦.

(٢) انظر ابن الهمام: فتح القدير٤/ ٩٠٧، ابن قدامة: المغني٧/ ٨٨- ٨٩.

(٣) انظر القاضي عبد الوهاب: المعونة٢/ ٧٤٨- ٧٤٩، النووي: روضة الطالبين٧/ ٢٤.

(٤) رواه أبو داود وقال: وهذا أصح من حديث ابن جريج أن ركانة طلّق امرأته ثلاثاً لأنهم أهل بيته وهم أعلم به، سنن أبي داود٢/ ٢٣٨ حديث رقم (٢٢٠٨).

(٥) انظر القاضي عبد الوهاب: المعونة٢/ ٨٤٩، ابن قدامة: المغني ٧/ ٢٩٩-٣٠١.

(٦) انظر ابن الهمام: فتح القدير٤/ ٣، الخرشي: محمد بن عبد الله، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، ضبط زكريا عميرات٤/ ٤٧٩، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٧، ابن قدامة: المغني٧/ ٨٤.

المذهب الثاني: هما من ألفاظ الطلاق الصريحة، وهو قول الشافعية والحنبلية، واستدلوا على قولهم بورود استعمالهما في القرآن الكريم بمعنى الفرقة بين الزوجين، كما في قوله تعالى: ﴿... فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ...﴿٢٢٩﴾﴾ [البقرة]، وقوله تعالى: ﴿... فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ...﴿٢﴾﴾ [الطلاق]، وهذا يدل على أنهما من الألفاظ الصريحة(١).

وفي رأيي أن لفظي الفراق والسراح ليسا من الألفاظ الصريحة؛ لما يلي:

١- أن الصريح في الشيء ما كان نصًّا فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالاً بعيدًا(٢).

٢- المعتبر في العرف العام أنهما من الألفاظ غير الصريحة(٣).

٣- لفظ السراح والفراق وإن وردا في القرآن الكريم بمعنى الفرقة بين الزوجين؛ إلاَّ أنهما وردا بغيره؛ كقوله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلاَّ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمُ الْبَيِّنَةُ ﴿٤﴾﴾ [البينة]؛ وكقوله تعالى أيضاً: ﴿وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلا تَفَرَّقُوا ...﴿١٠٣﴾﴾ [آل عمران]؛ فلا معنى لتخصيصه بفُرقة الطلاق(٤).

٤- إن قوله تعالى: ﴿... فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ...﴿٢﴾﴾ [الطلاق] لم يُرِدْ به الطلاق؛ وإنما أراد به ترك ارتجاعها، وهو ما رجحه ابن قدامة(٥).

---

(١) انظر النووي: روضة الطالبين٧/ ٢٣، ابن قدامة: المغني٧/ ٨٣.

(٢) انظر ابن قدامة: المغني٧/ ٨٣.

(٣) انظر ابن الهمام: فتح القدير٤/ ٣.

(٤) ابن قدامة: المغني٧/ ٨٤.

(٥) انظر المصدر ذاته.

المبحث الثاني

من حيث حكم الطلاق الواقع بالصيغة

يقسم الطلاق من حيث الصيغة، وإمكان الرجعة بعده من غير عقد ومهر جديدين أو عدم إمكانها إلى قسمين:

القسم الأول: الطلاق الرجعي

هو (الذي يملك فيه الزوج رجعة المطلقة أثناء العدة)[1] لقوله تعالى: ﴿...وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ...(٢٢٨)﴾ [البقرة].

ويكون الطلاق رجعيًا في الحالات التالية:

١- إذا كانت طلقة واحدة بلفظ صريح بعد الدخول الحقيقي.

٢- إذا لم يكن مكملاً للثلاث، أو كان ثلاثاً باللفظ أو الإشارة كما لو قال الزوج لزوجته: أنت طالق ثلاثاً؛ أو قال لزوجته أنت طالق هكذا؛ وأشار بأصابعه الثلاثة.

٣- إذا كان بحكم القاضي لإعسار الزوج بالنفقة عند المالكية[2].

٤- الطلاق المترتب على الإيلاء عن جمهور الفقهاء.

٥- إذا كان بغير مقابل مالي[3].

---

(١) ابن رشد محمد بن أحمد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تعليق عبد الحليم محمد عبد الحليم٢/ ٧١، دار الكتب الإسلامية، بدون طبعة، ١٩٨٣.

(٢) انظر القاضي عبد الوهاب: المعونة٢/ ٧٧٨.

(٣) القاضي عبد الوهاب: المعونة٢/ ٨٢٦ الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٣/ ٤٣٩، ابن قدامة المغني٧/ ١٨٣.

وحكم هذا الطلاق أن الزوجية لا تزال قائمة رغم وقوعه؛ فالزوج يملك إرجاع زوجته إلى عصمته وعقد نكاحه من غير رضاها في أثناء العدة.

القسم الثاني: الطلاق البائن

وهذا الطلاق نوعان:

الأول: الطلاق البائن بينونة صغرى

وهو (الذي لا رجعة فيه في أثناء العدة)[1].

ويكون الطلاق بائناً بينونة صغرى في الحالات التالية:

١- الطلاق قبل الدخول عند كافة الفقهاء، لأنه لا عدة فيه؛ ولا رجعة إلا في العدة[2].

٢- الطلاق على مال؛ لأن المقصود من العوض أن تملك الزوجة نفسها، ولا يتحقق ذلك إلا أن يكون الطلاق بائناً[3].

٣- الفرقة بسبب الإيلاء، فإذا لم يفئ المولي من زوجته حتى مضت المدة طلقت زوجته عند الحنفية طلقة بائنة بينونة صغرى، وخالف الجمهور في ذلك فقالوا: إما أن يفيء أو يطلقها ما شاء؛ طلقة رجعية أو بائنة بينونة صغرى[4].

٤- التفريق للعيوب، فإذا ثبت العيب الموجب للتفريق في أحد الزوجين تقع الفرقة بحكم القاضي؛ وتكون بائناً عند الحنفية والمالكية، في حين قال الشافعية والحنبلية أن الفرقة تقع باختيار السليم منهما دون حاجة إلى حكم القاضي وتكون فسخاً ولا تعتبر طلاقاً[5].

---

(١) القاضي عبد الوهاب: المعونة ٢ / ٨٢٥.

(٢) انظر ابن الهمام: فتح القدير٤/ ٤٩، القاضي عبد الوهاب: المعونة٢/ ٨٢٦، ابن قدامة: المغني٧/ ١٨٣.

(٣) انظر ابن الهام: فتح القدير٤/ ١٨٨، ابن قدامة: المغني٧/ ٤٠.

(٤) انظر ابن الهمام: فتح القدير٤/ ١٧١، القاضي عبد الوهاب: المعونة٢/ ٨٨٢، ابن قدامة: المغني٧/ ٢١٤.

(٥) انظر ابن الهمام: فتح القدير٤/ ٢٦٩، القاضي عبد الوهاب: المعونة٢/ ٧٧٨.

٥- التفريق للشقاق والنزاع وهو قول المالكية، وقالوا بوقوعه طلاقاً بائناً[(١)].

٦- التفريق للغيبة والحبس، يرى المالكية أنها تقع بائنا[(٢)].

٧- في الطلاق الرجعي إذا لم يرجع المطلق زوجته خلال عدتها فإنها تبين منه بينونة صغرى[(٣)].

وحكم هذا الطلاق أن عرى الزوجية تنفصم بوقوعه؛ ولا يبقى من أحكامها إلا العدة وما يتعلق بها، فليس للرجل حق الاستمتاع بمطلقته، وليس له مراجعتها إلا بعقد ومهر جديدين ولو في أثناء عدتها، وتستحق ما بقي لها في ذمته من الصداق ونفقة عدتها، والبقاء في بيت الزوجية، وإذا توفي أحدهما فلا يرثه الآخر[(٤)].

الثاني: الطلاق البائن بينونة كبرى

هو (الذي لا رجعة فيه حتى تنكح زوجاً غيره)[(٥)].

ويكون في حالة واحدة فقط؛ هي وقوع الطلقة المكملة للثلاث باتفاق الفقهاء؛ وذلك بأن تتقدم طلقتان ثم يوقع الثالثة، لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ... ﴿٢٢٩﴾﴾ [البقرة]؛ ولقوله في الآية التي تليها: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ .... ﴿٢٣٠﴾﴾ [البقرة]؛ أي إن طلقها الثالثة بانت منه بينونة كبرى وحرمت عليه مؤقتاً حتى تتزوج غيره[(٦)].

وحكم هذا الطلاق أنه يزيل الزوجية في الحال، وتستحق الزوجة ما بقي لها من مهرها في ذمته ونفقة عدتها، وتصير به أجنبية تحرم على الزوج حرمة مؤقتة؛

---

(١) انظر الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا٥/ ٤٠٦، دارالكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٩.

(٢) الحطاب الرعيني: أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبط زكريا عميرات٥/ ٤٩٦- ٤٩٧، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٥.

(٣) انظر ابن قدامة: المغني٧/ ٦٨.

(٤) انظر القاضي عبد الوهاب: المعونة ٢/ ٨٢٥.

(٥) المصدر ذاته.

(٦) انظر ابن قدامة: المغني٧/ ١٨٤- ١٨٥.

فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيـره زواجاً صحيحاً حقيقيًّا ويدخل بها، ثم يتوفى عنها أو يطلقها وتنتهي عدتها، وتعـتد المطلقة في بيت الزوجية ويحرم على الزوج أن يدخل عليها؛ وإذا توفي أحدهما في العدة فلا يرثه الآخر[1].

(١) انظر القرطـبي: أبو عبد الله مـحمد بن احـمد، الجامـع لاحكام القرآن، ١/١٠١- ١٠٣، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط٥، ١٩٩٦. النووي: روضة الطالبين٧/٤١٩.

المبحث الثالث

من حيث الصيغة واشتمالها على التعليق

يقسم الطلاق من حيث الصيغة واشتمالها على التعليق إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الطلاق المنجز

هو (ما كان بصفة مطلقة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل)[1].

وبما أن معنى تنجيز الطلاق تحققُه في الحال فيقع بمجرد التلفظ به، وهذا هو الأصل في الطلاق لأنه شرع للحاجة؛ والحاجة تقتضي التنجيز، لذا أجمع الفقهاء على وقوع الطلاق المنجز وترتُّب آثاره فور صدوره من الزوج مستوفياً شروط الطلاق[2].

القسم الثاني: الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل

هو (ما اقترنت صيغته بزمنٍ يُقْصَدُ وقوع الطلاق فيه)[3].

واختلف الفقهاء في وقوعه على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يقع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل عند حلول الوقت الذي أضيف إليه. وهو قول ابن عباس وعطاء وجابر بن زيد والنخعي والثوري والحنفية[4] والشافعية[5] والحنبلية[6].

---

(١) الصابوني: عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق١/ ٢٩٤، دار الفكر بيروت- لبنان، ط٣، ١٩٨٣.

(٢) انظر ابن الهمام: فتح القدير٤/ ٢٤- ٢٥، القاضي عبد الوهاب: المعونة٢/ ٨٤٣، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٣/ ٣٦٨، ابن قدامة: المغني٧/ ١١١- ١١٢.

(٣) الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق١/ ٢٩٤.

(٤) انظر ابن الهمام: فتح القدير٤/ ٢٤- ٢٥،

(٥) انظر الخطيب الشربيني: المغني المحتاج٣/ ٤٧,

(٦) انظر ابن مفلح: شمس الدين أبو عبد الله محمد الفروع، تحقيق حازم القاضي٥/ ٣٢١ دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٧.

واستدلوا بأن الصيغة المضافة إلى المستقبل هي تعليق للطلاق على صفة معينة؛ فإذا لم توجد لا يقع الطلاق[1].

المذهب الثاني: يقع الطلاق المضاف إلى زمنٍ مستقبلٍ في الحال، وهو قول سعيد بن المسيب والليث بن سعد والزهري والمالكية[2].

واستدلوا بأن بقاء الزواج مع إضافة الطلاق إلى المستقبل يجعل التمتع بالمرأة في هذه الفترة كالتمتع بها في الزواج المؤقت، لأن تأجيله يقتضي توقيت استباحة الوطء بمدة يحرم عند مجيئها، وهذا غير جائز اعتباراً بنكاح المتعة[3].

المذهب الثالث: لا يقع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل لا في الحال ولا عند حلول الزمن المعلَّق عليه، لأن المطلِّق لم يرد إيقاعه في الحال؛ ولأن الزمن المستقبل مجهول؛ فقد يأتي بعد موت الزوج أو موت الزوجة أو موتهما، وهو قول الظاهرية[4].

واستدلوا بأنه لم يأتِ قرآن ولا سنة بوقوع هذا الطلاق، وبأنه تعد لحدود الله تعالى، وبأن كل طلاق لا يقع فور صدوره يستحيل وقوعه بعد ذلك[5].

وأرى أن الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل يقع عند حلول الوقت الذي أضيف إليه، لأن الطلاق إزالة ملك؛ وإزالة الملك يصح تعليقها بصفة من الصفات، فإذا تحقق وجود الصفة وقع الطلاق[6].

القسم الثالث: الطلاق المعلق

التعليق هو (ربط حصول مضمون جملة بحصول جملة أخرى)، الجملة الأولى هي جملة الشرط، والثانية جملة الجزاء[7].

---

(١) انظر ابن الهمام: فتح القدير٤/ ٢٥.

(٢) انظر المصدر ذاته.

(٣) القاضي عبد الوهاب: المعونة ٢/ ٨٤٤.

(٤) انظر ابن حزم: علي بن محمد، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري٩/ ٤٨٠، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، بدون طبعة وتاريخ.

(٥) انظر المصدر ذاته.

(٦) انظر المغني٧/ ١١٢.

(٧) الإبياني، محمد زيد بك: شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية١/ ٣٤٨، مطبعة النهضة، ط٣، ١٩٢٠ م.

والتعليق إما أن يقصد منه القَسَم للحمل على الفعل أو الترك أو تأكيد الخبر، ومثاله أن يقول الزوج لزوجته: إن خرجت من الدار فأنت طالق؛ ولا يقصد طلاقها بل منعها من الخروج، أو يقصد منه إيقاع الطلاق عند حصول الشرط، ومثاله أن يقول لزوجته: إن أبرأتني من مؤخر الصداق فأنت طالق[1].

اختلف الفقهاء في حكم الطلاق المعلق على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يقع الطلاق المعلق عند تحقق الشرط، وهو قول جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة[2].

واستدلوا على مذهبهم بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ...(١)﴾ [المائدة].

وجه الدلالة: أن الله عز وجل أوجب الوفاء بالعقود، ومن الوفاء بالعقود أن يطلِّق في الوقت الذي حدده وعلَّقه على الشرط[3].

٢- قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»[4].

وجه الدلالة: أن المسلم يجب عليه أن يلتزم بشرطه، فإذا علق طلاقه على شرط وتحقق الشرط فيُلْزَم به ويقع الطلاق[5].

المذهب الثاني: لا يقع الطلاق المعلَّق على الشرط، وهو قول ابن حزم[6].

واستدل على قوله بأنه لم يأت قرآن ولا سنة بوقوع هذا الطلاق، فالطلاق المعلّق تعد على حدود الله لقوله تعالى ﴿...وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ...(١)﴾[7] [الطلاق].

---

(١) ابن قدامة: المغني٧/ ١١٩- ١٢٤.

(٢) انظر ابن الهمام: فتح القدير٤/ ٥٢- ٥٣، القاضي عبد الوهاب: المعونة٢/ ٨٤٣. الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٣/ ٤١١- ٤١٥، ابن قدامة: المغني٧/ ١٢٣- ١٢٥.

(٣) انظر الجصاص: أحكام القرآن ٣/ ٥٣٣.

(٤) رواه أبو داود و صححه الألباني، سنن أبي داود٣/ ٢٩٦ حديث رقم (٣٥٩٤)، الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل٥/ ١٤٢، الحديث رقم (١٣٠٣).

(٥) انظر الجصاص: أحكام القرآن ٣/ ٥٣٣.

(٦) انظر ابن حزم: المحلى ٩ / ٤٧٩.

(٧) انظر المصدر ذاته.

المذهب الثالث: لا يقع الطلاق إن كان يقصد به الحث على الفعل أو المنع منه، وتلزمه كفارة اليمين إن حنث، أما إن كان يقصد بالتعليق حصول الطلاق عند حصول الشرط فإن الطلاق يقع، وهو قول ابن تيمية وتلميذه ابن القيم[(١)].

استدل ابن تيمية وتلميذه على مذهبهما بما يلي:

١- سئل ابن عباس في رجل قال لامرأته: هي طالق إلى سنة، قال: هي امرأته يستمتع منها إلى سنة. وسئل الشعبي في رجل قال لامرأته: أنت طالق إذا جاء رمضان، قال: هي امرأته يوم طلقها حتى يجيء رمضان[(٢)].

وجه الدلالة: أن ابن عباس والشعبي - رضي الله عنهما - أوقعا الطلاق المعلَّق على الشرط عند حصوله[(٣)].

٢- إجماع الصحابة: وقد ادَّعاه ابن القيم؛ فقد أفتى علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - الحالف بالطلاق أنه لا شيء عليه ولم يعرف له في الصحابة مخالف[(٤)].

مناقشة الأدلة

نوقش استدلال الجمهور من وجهين:

الأول: أن العقود المقصودة في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ...(١)﴾ ما كان الوفاء بها واجباً، أما العقود التي فيها معصية فلا يجب الوفاء بها، وطلاق الرجل بخلاف ما أمر الله تعالى معصية لا يجب الوفاء بها. يضاف إلى ذلك أن الطلاق ليس عقداً ولا يعد الوفاء به تقرباً إلى الله تعالى؛ بل هو مبغوض إليه سبحانه[(٥)].

---

(١) انظر ابن القيم: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد٣/ ٦٦، المكتبة العصرية، بيروت- لبنان، بدون طبعة، ١٩٨٧.

(٢) البيهقي: السنن الكبرى١١/ ٢٦٢ رقم (١٥٤٧٠).

(٣) انظر ابن القيم: إعلام الموقعين٢/ ٦٦- ٦٧.

(٤) المصدر ذاته ٢/ ٧٠.

(٥) ابن حزم: المحلى٩/ ٤٨٢، ابن حجر: فتح الباري ٩/ ٤٧٩.

الثاني: أن حديث «المسلمون عند شروطهم» يتعارض مع قوله ﷺ: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[1]، والطلاق إلى أجل مشترط بشرط ليس في كتاب الله فهو باطل[2].

ونوقش القول بعدم وقوع الطلاق المعلَّق على شرط بأنه مردود لحديث البخاري المتقدم ذكره عن ابن عمر بوقوعه[3].

وأرى أن الطلاق المعلَّق على شرط يقع إذا كان التعليق شرطيًّا وتحقق الشرط؛ لقوة الأدلة والاستدلال بها.

---

(١) صحيح البخاري ٢ / ١٨٧ حديث رقم (٢٧٢٩).

(٢) انظر ابن حزم: المحلى٩/ ٤٨٢.

(٣) انظر ابن حجر: فتح الباري ٩/ ٤٧٩.

المبحث الرابع

من حيث عدد الطلقات ووقت إيقاعها

يقسم الطلاق من حيث عدد الطلقات ووقت إيقاعها، والصفة التي توقع عليها إلى قسمين:

القسم الأول: الطلاق السني

هو (الذي يوقعه المطلق على زوجته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة)(١).

وحكم هذا الطلاق أنه الجائز المشروع الذي يقع لتطابقه مع أوامر الله - عز وجل - في كيفية إيقاعه إذا كان الزوج مطلقاً ولا بد.

ويكون هذا الطلاق في الزوجة المدخول بها فقط، أما غير المدخول بها فلا سنة ولا بدعة في طلاقها وقتاً أو عدداً.

ومشروعيته ثابتة بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ... ①﴾ [الطلاق]؛ أي في الوقت الذي يشرَعْنَ فيه في العدة وهو الطهر، حيث إن زمن الحيض لا يحسب من العدة(٢).

القسم الثاني: الطلاق البدعي

هو(الواقع على الزوجة في الحيض دون سؤالها؛ أو في طهر مسها فيه ولم يتبين حملها)(٣).

---

(١) ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد٢/ ٧٤.

(٢) انظر الجصاص: أبو بكر أحمد الرازي، أحكام القرآن، مراجعة صدقي محمد جميل٣/ ٦٧٧ - ٦٧٨، دار الفكر بيروت- لبنان، بدون طبعة، ١٩٩٣، القاضي عبد الوهاب: المعونة٢/ ٨٣٣- ٨٣٥، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٣/ ٤٠٤.

(٣) الغزالي: محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر٥/ ٣٦١، دار السلام، ط١، ١٩٩٧.

وهو محرم بالإجماع وفاعله آثم لما فيه من ضرر يلحق بالمرأة والرجل بسببه، فالرجل يتضرر بتحمل نفقة المطلقة لمدة أطول، والمرأة تتضرر لأن مدة عدتها ستطول، فإن طلقها في الحيض فلا تحسب الحيضة التي وقع فيها الطلاق من مدة العدة؛ فتصبح أربعة قروء بدل الثلاثة؛ وهذا مخالف للقرآن الكريم، وإن طلقها في طهر مسها فيه ولم يتبين حملها فلا تعرف بأي شيء تعتد، فإذا تبين الحمل مكثت زمناً ليس قليلاً حتى تضع حملها وهي غير ذات زوج[1].

اختلف العلماء في حكم الطلاق البدعي على مذهبين:

المذهب الأول: يقع الطلاق البدعي وتترتب عليه آثاره رغم حرمته؛ وهو قول جمهور الفقهاء[2]، واستدلوا على قولهم بالأدلة التالية:

١- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ... ①﴾ [الطلاق].

وجه الدلالة: جملة ﴿... فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ... ①﴾ تعني طلقوهن في عدتهن[3].

٢- طلَّق عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ، فسأله عمر بن الخطاب عن ذلك فقال: «**مره فليُراجِعْها ثم ليمسكْها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر ثم إذا شاء أمسك بعد، وإن شاء طلقَ قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن يُطلَّق لها النساء**» قال ابن عمر: حسبت عليَّ بتطليقة[4].

---

(١) انظر ابن الهمام: فتح القدير٣/ ٤٤٧ - ٤٤٨، الغزالي الوسيط ص٣٦١ - ٣٦٢. ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٦٥ - ٦٦.

(٢) انظر ابن الهمام: فتح القدير٣/ ٤٤٧- ٤٤٨، القاضي عبد الوهاب: المعونة٢/ ٨٣٥- ٨٣٧، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٣/ ٤٠٤- ٤٠٦، ابن قدامة: المغني٧/ ٧٤- ٧٦.

(٣) انظر البابرتي: العناية٣/ ٤٤٨، ابن قدامة: المغني٧/ ٦٩، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٣/ ٤٠٤.

(٤) صحيح البخاري٣/ ٣٨٦ حديث رقم (٥٢٥١).

وجه الدلالة: أمرُه ﷺ عبدَ الله بنَ عمـر أن يراجع زوجته حين طلقَّها وهي حائض واحتسابها بتطليقة دليل على وقوع الطلاق في الحيض[١].

٣- الإجماع؛ فقد نقل ابن المنذر إجماع عامة أهل العلم على وقوع الطلاق البدعي[٢]؛ ولم يخالف فيه إلاَّ من لا يعتد برأيه[٣].

المذهب الثاني: لا يقع الطلاق البدعـي، وهو قول الظاهرية[٤] وابن تيمـية وتلميذه[٥].

واستدلوا على قولهم بالأدلة التالية:

١- قوله تـعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ... ①﴾ [الطلاق].

وجه الدلالة: جملة جملة ﴿... فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ... ①﴾ تعني طلقوهن في قُبُل عدتهن[٦].

٢- سئل ابن عـمر - رضي الله عنهما -: كـيف ترى في رجل طلق امرأته حائضاً ؟ قال: طلَّق عبد الله بن عمر امرأته وهي حائض على عهد الرسول ﷺ، فسأله عـمر فقال: إن عبـد الله بن عمر طلَّق امرأته وهي حائض، قـال عبد الله: فردها عليَّ ولم يرها شيئاً وقال: «**إذا طهرت فليطلق أو ليمسك**» وقرأ النبي ﷺ ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ... ①﴾ [الطلاق][٧].

وجه الدلالة: رد ﷺ طلاق ابن عمر ولم يعتبره لوقوعه في الحيض[٨].

---

(١) انظر ابن الهـمام: فـتح القديـر٣/ ٤٥٠، البابرتي: العناية٣/ ٤٥٠، الخطـيب الشربيني: مـغني المحتاج٣/ ٤٠٦، ابن قدامة: المغني٧/ ٦٩.

(٢) انظر ابن قدامة: المغني٧/ ٦٨.

(٣) انظر ابن المنذر: أبو بكر محمد بن إبراهيم، الإشراف على مـسائل أهل العلم١/ ١٤٣ تقديم عبد الله عمر البارودي دار الجنان، دار الفكر، بدون طبعة، ١٩٩٣.

(٤) انظر ابن حزم: المحلى٩/ ٣٧٤- ٣٧٦.

(٥) انظر ابن القيم: زاد المعاد ٤ / ٦٥ - ٦٨.

(٦) انظر المصدر ذاته.

(٧) سنن أبي داود ٢ / ٢٢٨ حديث رقم (٢١٨٥).

(٨) انظر ابن القيم: زاد المعاد ٤ / ٦٥.

٣- استدلوا عقلاً بأن الطلاق الذي يقع هو الذي ملَّكه الله - عز وجل - للرجل، أما ما لم يملِّكْهُ إياه فلا يقع كالطلقة الرابعة، ومعلوم أن الله - عز وجل - لم يُمَلِّكْه الطلاق المحرم ولا أذن له فيه كالبدعي، لذا فإنه لا يصح ولا يقع[1].

مناقشة الأدلة

نوقشت أدلة المذهب الأول بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿... فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ... ①﴾ يحدد كيفية الطلاق، ومن يتعد حدود الله فهو ظالم لنفسه، ومن ظلم وتعدى حدود الله - عز وجل - ففعله باطل مردود[2].

٢- الأحاديث التي رواها البخاري في قصة طلاق عبد الله بن عمر زوجته في أثناء الحيض وأمر الرسول ﷺ له بمراجعة زوجته واحتسابها عليه تطليقة، نوقشت بأنه قد صح عن ابن عمر رضي الله عنه بإسناد كالشمس في الرجل يطلق امرأته وهي حائض فقال: لا يعتد بذلك[3]؛ وبذلك تكون الألفاظ عن ابن عمر - رضي الله عنه - قد اضطربت في ذلك اضطراباً شديداً؛ ولكنها صحيحة عنه، وهذا يدل على عدم توفر نص صريح عن رسول الله ﷺ في وقوع تلك الطلقة والاعتداد بها، وعند تعارض الألفاظ عنه ينظر إلى مذهبه وفتواه؛ وهو صريح في عدم الوقوع أو الاعتداد[4].

٣- نوقشت دعوى الإجماع بعدم ورود كلمة أو رواية بإمضاء الطلاق في الحيض أو في طهر مسها فيه عن أحد من الصحابة غير رواية عن ابن عمر؛ التي عارضتها روايات أخرى[5].

ونوقشت أدلة المذهب الثاني بما يلي:

---

(١) المصدر ذاته ٤ / ٦٨.

(٢) ابن حزم: المحلى ٩ / ٣٦٧.

(٣) ابن القيم: زاد المعاد ٤ / ٧٥.

(٤) المصدر ذاته.

(٥) انظر ابن حزم: المحلى ٩ / ٣٧٧.

١- الاستدلال بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ... ①﴾ [الطلاق] وبتحريم الطلاق في الحيض على عدم وقوع الطلاق البدعي؛ يجاب عنه بأنه طلاق من مكلف في محل الطلاق فيقع كطلاق الحامل، وبأنه إزالة للعصمة وقطع للملك؛ فإيقاعه في زمن البدعة أولى تغليظاً عليه وعقوبة له[(١)].

٢- حديث ابن عمر برد الرسول ﷺ طلاقه وعدم اعتباره؛ يجاب عنه بأنه حديث ضعيف[(٢)]، والأحاديث كلها على خلافه[(٣)].

٣- قولهم أن الطلاق المحرم لا يقع لأن الرجل لا يملكه؛ فقد نوقش بأن تحريمه لا يمنع من ترتيب أثره وحكمه؛ كالظهار فهو محرم بلا شك لكن أثره مترتب عليه وهو تحريم الزوجة إلى أن يكفر المظاهر، والطلاق البدعي مثله محرم ويترتب عليه أثره ولا فرق بينهما[(٤)].

والذي أراه أن الطلاق البدعي يقع لما يلي:

١- قوة الأدلة التي استند إليها القائلون بوقوعه وضعف أدلة المخالفين.

٢- هو قول عدد كبير من فقهاء الصحابة كعثمان وزيد بن ثابت - رضي الله عنهما -.

٣- أن حرمة الفعل لا تعني عدم ترتب آثاره؛ بل إن كثيراً من الأعمال المحرمة تترتب عليها بعض آثارها.

---

(١) انظر ابن قدامة: المغني ٧ / ٦٨.
(٢) انظر الألباني: محمد ناصر الدين، ضعيف سنن أبي داود، ص: ٢١٤ - ٢١٥، المكتب الإسلامي بيروت، ط١، ١٩٩١.
(٣) انظر سنن أبي داود ٢ / ٢٢٩.
(٤) انظر ابن القيم: زاد المعاد ٤ / ٧٢.

الباب الأول

الطلاق التعسفي وآثاره

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: تأصيل مبدأ التعسف في استعمال الحق في الفقه

الفصل الثاني: مدى انطباق مبدأ التعسف في استعمال الحق على الطلاق

الفصل الثالث: الآثار المترتبة على التعسف في استعمال الحق في الطلاق فقهاً وقضاء

الفصل الأول

تأصيل مبدأ التعسف في استعمال الحق في الفقه

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الحق وتقسيماته في الفقه

المبحث الثاني: تعريف التعسف وحكمه التكليفي

المبحث الثالث: معايير التعسف في استعمال الحق والجزاء المترتب عليه

المبحث الأول

تعريف الحق وتقسيماته في الفقه

المطلب الأول
تعريف الحق

في اللغة

من حَقَقَ، والحق: نقيض الباطل، وجمعه حقوق وحقاق، وحَقَّ الأمر يحقه حَقًّا: كان منه على يقين، تقول: حققت الأمر وأحققته: إذا كنت منه على يقين.

ويقال: ما لي فيك حقّ ولا حقاق: أي خصومة.

وحققت الرجل وأحققته: إذا غلبته على الحق وأثبتُّه عليه، واحتق القوم: قال كل واحد منهم: الحق في يدي.

والحق من أسماء الله - عز وجل - وقيل: من صفاته.

والحق: صدق الحديث.

والحق: اليقين بعد الشك.

واستحق الشيء: استوجبه(1).

في الاصطلاح

أورد الزرقا تعريفات الحق عند بعض العلماء المعاصرين واعتراضاته عليها:

١ - **تعريف السنهوري**: (مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون).

واعترض على هذا التعريف من عدة وجوه:

الأول: أنه مقصور على الحق في المعاملات، فلا يشمل بعض الحقوق التي تنشأ من الأحوال الشخصية كحق الولي والوصي في ممارسة سلطتهما على القاصر، وحق الزوج في طاعة زوجته له.

---

(1) ابن منظور: لسان العرب ١٠ / ٤٩ - ٥٨، الأصفهاني: المفردات ص ١٢٥ - ١٢٦، الفيومي: المصباح المنير ص ٧٩.

الثاني: أنه غير جامع لأفراد الحقوق في المعاملات بسبب تقييده بأنه ذو قيمة ماليـة، فهو لا يتناول الحقـوق التي هي من قبيل الصلاحـيات غير الماليـة؛ كحق الوكيل في ممارسة العمل الموكل به، حيث إن حـقه في هذه الممارسة ليس مصلحة مالية بل سلطة؛ وإن كان العمل موضوع الصلاحية ذا قيمة مالية.

الثالث: أن الحق ليس هو المصلحـة التي يفسـرونها بالمنفـعة ذاتهـا؛ بل هو اختصـاص الشخص بالمصلحة وعـلاقته بها، فليـست المصلحة في الحقيـقة سوى متـعلق للحق أي محل له وليس هو إياها؛ بل هو صلة أو عـلاقة اختـصاص بين الشخص والمصلحة[1].

٢- **تعريف شفيق شحاتة**: (القدرة على القيام بأعمال معينة لتحقيق مصلحة يحميها القانون).

واعترض على هذا التعريف من وجهين:

الأول: أنه غيـر سديد، لأن القدرة هي المِكْنَةُ القانونيـــة، والمكنـة القـانونية أثـر للحق ونتيجة يستلزمها، وليست الحقَّ نفسه.

الثاني: أنه حصر الحق في القـيام بأعمال، والحقيقـة أن للحق صوراً أخرى كحق الزوج في طاعة زوجته له[2].

٣- **تعريف علي الخفيف**: (الحق مصلحة مستحقة شرعاً).

واعترض على هذا التعريف بما يلي:

١- أنه لا يبين خصائص الحق المميزة له.

٢- أن الحق ليس هو المصلحة، بل العلاقة الاختصاصية بين الحق وصاحبه.

---

(١) الزرقا، مصطفى أحـمد: نظرية الالتزام العامة في الفقـه الإسلامي ص٢٢، دار القلم- دمشق، ط١ ١٩٩٩.

(٢) المصدر ذاته.

٣- في التعريف دور، حيث إن التعريف يجب أن يخلو منه، فقد عرف الحق بأنه مصلحة مستحقة شرعاً، ولا يمكن معرفة معنى الحق الاصطلاحي إلا بفهم معنى كلمة مستحقة، وهذه الكلمة لا يفهم معناها إلا بمعرفة الحق[١].

أما الزرقا فقد عرف الحق بأنه: (اختصاص يقرِّرُ به الشرعُ سلطةً أو تكليفاً)[٢]، ووضحه بما يلي للتدليل على أنه جامع مانع:

١- الاختصاص: علاقة تشمل الحق سواء كان ذا موضوع مالي كاستحقاق الدين في الذمة بأي سبب كان؛ أو إذا كان ممارسة سلطة شخصية، كممارسة الولي ولايته والوكيل وكالته.

٢- علاقة الاختصاص لكي تكون حقًّا يجب أن تختص بشخص معين أو بفئة، وهذا الحق لا معنى له إلا عندما يعطي صاحبه ميزة ويمنعها عن غيره، كالثمن يختص به البائع، وممارسة الولاية يختص بها الولي، فهذا يعني أنه لا وجود للحق إلا بوجود الاختصاص، وبهذا تخرج العلاقة التي لا اختصاص فيها، والتي هي من المباحات العامة كالصيد والاحتطاب في البراري، فهذه الممارسات ليست حقًّا، وإنما هي من الرخص المباحة.

٣- واشتراط إقرار الشرع لهذا الاختصاص وما ينشأ عنه من سلطة أو تكليف، لأن الشرع هو الأساس في الاعتبار، فما اعتبره الشرع حقاً فهو حق، وما لم يعتبره فليس حقاً.

٤- والسلطة نوعان: سلطة على شخص، وسلطة على شيء معين، فالسلطة على الشخص كحق الولاية على النفس، فالولي بهذه السلطة يمارس حق التربية والتعليم والتأديب للقاصر.

والسلطة على شيء معين كحق الملكية، فهي سلطة للإنسان على الشيء كحق التمليك بالشفعة وحق الولاية على المال.

---

(١) المصدر ذاته ص ٢٣.

(٢) المصدر ذاته ص ٢٠.

٥- التكليف دائماً يكون عهدة على إنسان، والعهدة إما أن تكون شخصية كقيام الأجير بعمله، وإما مالية كالوفاء بالدين.

٦- أن هذا التعريف يشمل جميع الحقوق، فهو يشمل الحقوق المدنية وحقوق الله - تعالى- المتمثلة بفروضه على عباده، ويشمل الحقوق الأدبية كالطاعة للوالد على الولد، وللرجل على زوجته، ويتناول الحقوق المتعلقة بالولاية العامة كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

٧- الحق لا يشمل الأعيان المملوكة، لأنها أشياء مادية وليست اختصاصاً ذا سلطة أو تكليف، ويؤيد ذلك (أن المحققين من علماء القانون يرون قول القائل: هذا الشيء ملكي من قبيل المجاز العرفي، والتعبير الدقيق أن يقال: الشيء الذي لي فيه حق ملكية)(١).

المطلب الثاني
تقسيمات الحق في الفقه

يقسم الحق إلى قسمين:

القسم الأول

الحق الشخصي: وهو (مطلبٌ يقره الشرع لشخص على آخر)(٢).

ويشتمل الحق الشخصي (الالتزام) في الفقه الإسلامي على عدة روابط قانونية متميز بعضها عن بعض:

أ- الالتزام بالدَّين: هو الْتزامٌ محله مبلغٌ من النقود أو جملةٌ من الأشياء المثلية، وهو الذي يتعلق بالذمة. ومصادر الدَّين هي:

---

(١) الزرقا: نظرية الالتزام ص٢٠-٢٢.

(٢) الزرقا: نظرية الالتزام ص ٢٦.

١- العقد: كالقرض يلتزم به المقترض أن يرد للمقرض مبلغاً من النقود أو أشياء مثلية يكون قد اقترضها منه، كالبيع يلتزم به المشتري بدفع الثمن للبائع، ويلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري.

٢- الإرادة المنفردة: كالنذر والهبة والوصية.

٣- العمل غير المشروع: فكل ضمان ينشأ من غير العقد كغصب أو سرقة أو إتلاف يكون محله عوض الشيء المضمون.

٤- الإثراء بلا سبب في بعض الحالات، فمن دفع شيئاً ظانًّا أنه واجب عليه؛ فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق.

٥- الشرع ذاته: كالالتزام بالنفقة أو المهر، ومحله عادة مبلغ من النقود فهو دين متعلق بالذمة[١].

ب- **الالتزام بالعين**: هو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكها أو تمليك منفعتها أو تسليمها أو حفظها، كتمليك أرض معروفة الحدود أو منفعة دار أو حفظ حيوان[٢].

جـ- **الالتزام بالعمل**: هو التزام محله صنع شيء معين بعقد استصناع؛ أو أداء خدمة معينة بعقد إيجار[٣].

د- **الالتزام بالتوثيق**: ومحله كفالة التزام، ومصدره عقد الكفالة، وقد يكون الالتزام المكفول به التزاماً بالدين، أو التزاماً بالعين، أو التزاماً بالتسليم[٤].

القسم الثاني

الحق العيني: وهو مصطلح غربي حديث، لم يستعمله الفقهاء المسلمون في مصنفاتهم. ويعرف بأنه (علاقةٌ حقوقيةٌ مباشرة بين شخص وشيء مادي معين

(١) انظر السنهوري: عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١ / ١٥. دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان بدون رقم طبعة وتاريخ نشر.
(٢) انظر المصدر ذاته ١/ ١٧.
(٣) انظر المصدر ذاته.
(٤) انظر السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١ / ١٧.

بذاته؛ بحيث يكون الشخص ذا مصلحة اختصاصية تخوله سلطة مباشرة على عين مالية معينة)[1].

والحقوق العينية قسمان:

حقوق أصلية

١- **حق الملك التام**: هو ملك الرقبة والمنفعة معاً، ومن شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة وبغلّتها وثمارها ونتاجها، ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة؛ وهذا التصرف جائز ما لم يكن فيه ضرر فاحش، فإذا ترتب على التصرف أي ضرر فإنه يمنع[2].

٢- **حق المنفعة**: هو حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبتها مملوكة له. وأسباب ملك المنفعة تكون بالعقد أو بالوصية أو بالوقف:

* فالعقد يكون بيعاً، وبيع المنافع أكثر ما يكون في الإجارة أو في العارية.
* والوصية كثيراً ما ترد على المنفعة فتملُّكها للموصَى له بعد موت الموصِي.
* والوقف يرد على العين فيجعل رقبتها غير مملوكة لأحد من العباد، وتبقى المنفعة للمستحقين[3].

٣- **حق الرقبة**: ويوجد هذا الحق حيث يُنتَزَعُ حق المنفعة من الملك التام؛ فتبقى الرقبة على ملك صاحبها الأصلي، ويملك المنفعة شخص آخر غير مالك الرقبة، وأكثر ما يكون ذلك بالوصية، فيجوز أن يوصي بمنفعة العين لشخص مع بقاء رقبتها لورثة الموصِي[4].

٤- **حقوق الارتفاق**: هي الحقوق المقررة على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر. ومن حقوق الارتفاق الشرب والمجرى والمسيل والمرور والتعلّي والجوار[5].

(١) الزرقا: نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي ص ٢٧.
(٢) انظر السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١ / ٣٠ - ٣١.
(٣) انظر المصدر ذاته ١ / ٣٢.
(٤) انظر المصدر ذاته.
(٥) انظر المصدر ذاته.

حقوق تبعية

هي حقوق تترتب على الأعيان ضماناً للديون، وهما حقان:

١ - حق الرهن: ويقع على العقار وعلى المنقول، وينشأ من عقد الرهن، وهو عقد به يحبس الدائن مالاً للمدين ضماناً للدين، فيستوفي الدائن حقه من المدين إذا لم يَفِ بالدين، وحق الرهن حق تبعي لأنه ضمان للدين؛ وحق عيني لأنه يتعلق مباشرة بالعين المرهونة، وللدائن المرتهن حق التتبع وحق التقدم(١).

٢- حق الحبس: ويتركز في المال ضماناً للدين، وقد ينشأ من العقد كما هو الحال في حق حبس المأجور من قبل المستأجر؛ إذ الإجارة حق يتم استرداد ما دفعه من أجرة معجلة، كما أن حق الحبس قد ينشأ بحكم الشرع دون عقد، كحبس الملتقط اللقطة عن مالكها حتى يستوفي ما أنفق عليها بإذن القاضي(٢).

---

(١) انظر السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١ / ٣٥.

(٢) انظر المصدر ذاته.

المبحث الثاني

تعريف التعسف وحكمه في الشرع

المطلب الأول
تعريف التعسف

في اللغة

من عَسَفَ، والعسف: السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق، والتعسيف: السير على غير علم ولا أثر، وعسف المفازة: قطعها بغير قصد ولا هداية ولا تَوَخّي صوابٍ ولا طريقٍ مسلوك، ورجل عسوف إذا لم يقصد قصد الحق.

وتعسّف فلان فلاناً: إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه، ورجل عسوف: إذا كان ظلوماً، وعسف في الأمر: إذا فعله من غير روية.

والعسف في الأصل: أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادّة ولا علم؛ فنقل إلى الظلم والجور[1].

في الاصطلاح

يمكن تعريف التعسف بأنه: (مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل)[2].

شرح التعريف

١- **مناقضة قصد الشارع**: أي مضادة قصده، والمضادة إما أن تكون مقصودة أو غير مقصودة[3]:

---

(١) ابن منظور: لسان العرب ٩ / ٢٤٥ - ٢٤٦، الفيومي: المصباح المنير ص ٢١٢.

(٢) الدريني: فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ص٨٤، دار البشير- عمان، ط٢ ١٩٩٨.

(٣) انظر المصدر ذاته ص ٨٥.

أ- المخالفة المقصودة: أن يقصد المكلف بالعمل المأذون فيه هدم قصد الشارع، ويستعمل الحق لمجرد قصد الإضرار، مع أن الشارع الحكيم قصد في تشريعه للحق تحقيقَ المصالح وجلبَها، ودفعَ المضار ودرأها، كمن يهب ماله صورياً قرب حلول الحول قاصداً إسقاط فريضة الزكاة(1).

ب- المخالفة غير المقصودة: وتكون هذه المضادة بأن تأتي مآلات الأفعال الجزئية مخالفة للأصل الكلي في الحق(2)، والنظر في مآلات الأفعال معتبر ومقصود شرعاً ويمكّن المجتهد من الحكم على الأفعال(3)، ومثال ذلك: بيع طعام المحتكر جبراً عليه عند الحاجة وامتناعه من البيع دفعاً للضرر العام.

ففي هذه الحالة نرى الاختلال البيِّن في توازن المصالح أو انعدام التناسب بين مصلحة الحق والضرر الذي يحيق بغيره؛ فرداً كان أو جماعة، فاحتكار التاجر للسلعة التي يحتاجها الناس تصرفٌ فيه نفعٌ محضٌ للتاجر من حيث زيادة ربحه بزيادة سعر السلعة؛ لكنه في الوقت نفسه ضررٌ عام يلحق بالناس. فإذا وازنّا بين المصلحتين، مصلحة التاجر في زيادة ربحه، والضرر الذي يسببه المحتكر للناس، فإننا سنرفع ضرر المحتكر ببيع سلعته بسعر المثل، ولذا نصت القاعدة الفقهية على أن الضرر الخاص يتحمل دفع الضرر العام(4).

٢- في تصرف: والتصرف يشمل التصرف القولي كالعقود وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات، ويشمل كذلك التصرف الفعلي كاستعمال حق الملكية في العقارات، كالأراضي والمباني.

٣- **مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل**: يخرج بهذا القيد الأفعال غير المشروعة لذاتها؛ لأن الإتيان بها يعتبر تعدياً لا تعسفاً(5).

---

(١) انظر الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم اللخمي، الموافقات في أصول الأحكام، تعليق محمد حسنين مخلوف ٤/ ١١٤، دار الفكر، بدون طبعة وتاريخ نشر.

(٢) انظر أبو حجير: مجيد محمود سعيد، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة ص ٢١، دار الثقافة عمان، ط١، ٢٠٠٢.

(٣) انظر الشاطبي: الموافقات ٤ / ١١٠.

(٤) ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ص ٨٧ دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٣.

(٥) انظر المصدر ذاته ص ٨٩.

المطلب الثاني
حكم التعسف

يعتبر التعسف في استعمال الحق من الأمور الممنوعة شرعاً لما يترتب عليه من أذى وإضرار بالناس.

ويستدل على النهي عنه بما يلي:

١- قال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ... (٢٣٣)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: الآية صريحة في منع تعسف الوالد أو الوالدة في استعمال حقه بما يوقع الضرر بالآخر.

فالآية الكريمة صريحة في نهي الأب عن مضارَّة الأم بإساءة استعمال حقه في ولايته على ابنه، فلا يجوز انتزاع ولدها منها إذا ألفها ورضيت بإرضاعه مجاناً أو بما رضي به غيرها، ولا يجوز انتزاعه منها إذا لم ترضعه بل يأتي بالظئر فترضعه عندها(١).

وهي صريحة كذلك في نهى الأم عن التعسف في استعمال حقها في رضاع ابنها إضراراً بأبيه، فليس لها إذا كانت مطلقة وانتهت عدتها أن تطلب أجراً على الرضاع إذا كان غيرها يرضعه مجاناً، أو بأقل مما تطلب منعاً للضرر عن الأب، لأنها تقصد في هذه الحالة مضارَّة للأب، لذلك فإنه في هذه الحالة يدفع إلى غيرها لإرضاعه مع الحفاظ على حقها في عدم انتزاعه من حضانتها ما لم تتزوج(٢)، ففي هذه الحالة يتم التوفيق بين مصلحة الأب في عدم إلزامه بأجرة

---

(١) انظر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن٣/ ١١٠- ١١١. الجصاص، أبو بكر أحمد الرازي: أحكام القرآن، مراجعة صدقي محمد جميل١/ ٥٥٢، دار الفكر- بيروت.

(٢) انظر القرطبي: أحكام القرآن ٣/ ١١٠، الحنبلي، ابن رجب زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن ابن شهاب الدين:
جامع العلوم و الحكم ص ٢٨٩، دار المعرفة بيروت لبنان، بدون رقم طبعة وتاريخ نشر.

الرضاعة؛ وبين مصلحة الأم في عدم نزع طفلهـا من حضانتها؛ وبين الحفاظ على مصلحة الطفل بالرضاع.

٢- قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ... (٢٣١)﴾ [البقرة]، وقال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا...(٢٢٨)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: منح الله تعالى الزوج في الآيتين ممارسة حق إرجاع زوجته إذا كان بقصد الإصلاح، إلاَّ أنه ينهاه عن استعمال حقه بقصد الإضرار بها[1].

فحق الرجعة إذن وضعه الشارع في يد الزوج ليتمكن من إعادة استئناف الحياة الزوجية مع زوجته التي أوقع عليها الطلاق الرجعي؛ وليتسنى له تفادي ما وقع به من التسرع في اتخاذ قرار التطليق، وبذلك يكون قد عالج ما وقع به من الخطأ، وهذا كله إذا كان هدفه الإصلاح دون الإضرار بزوجته.

أما إذا اتخذ هذا الحق ذريعة للإضرار بزوجته؛ وكان قصده بالمراجعة إيقاع الضرر فقط؛ فيكون في هذه الحالة قد استعمل حقه في غير ما شرع الله عز وجل؛ وعرَّض نفسه للإثم والعذاب الأخروي بما أصاب من ذنب وبما اقترف من ظلم، لأن من أرجع زوجته دون قصد الإصلاح يكون قد ظلم نفسه والله لا يحب الظالمين.

ولذا فإن حق الرجعة وإن كان يملكه المطلق لزوجته في الطلاق الرجعي؛ إلا أنه يتوجب على الزوج أن لا يتعسف في استعمال هذا الحق.

٣- «نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد»[2].

---

(١) انظر الحنبلي، ابن رجب: جامع العلوم والحكم ص ٢٨٨. ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله: أحكام القرآن، ضبط محمد عبد القادر عطا ١/ ٢٥٦، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، بدون رقم طبعة ١٩٩٦.

(٢) صحيح البخاري ٢/ ٢٩ حديث رقم (٢١٥٩).

وجه الدلالة: يحتمل الحديث معنيين:

الأول: أن الحاضر لا يدع البادي يبيع حسب معرفته بل ينصحه أن يتولى عنه البيع ليبيع له بثمن أعلى(١).

الثاني: أن يبيع الحاضر لأهل البادية بثمن غالٍ(٢).

هذا الحكم وإن كان يلزم منه غبن البادي وهو في ذاته مفسدة؛ إلا أنها مرجوحة بالنسبة لمصلحة أهل البلد والرفق بالناس، فالحديث يفيد تولي البادي البيع بنفسه، والنهي الوارد في الحديث ينظر إلى مصلحة الجماعة، وهذه مزية من مزايا الفقه الإسلامي في تقديم المصلحة العامة التي تهم الجماعة على مصلحة الفرد.

فالبيع ممارسة لحرية التجارة، وهي مباحة ومأذون بممارستها لمصلحة الفرد وحاجته وحاجة أهله، ومع ذلك فهي مقيدة بعدم وقوع الضرر على الجماعة. فإذا تعارضت مصلحة الفرد مع مصلحة الجماعة وجب تقديم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، وفي هذه الحالة إذا وازنًا بين النفع الشخصي الذي يحققه الفرد وبين الضرر العام الذي يصيب الجماعة حال التعارض، فإننا والحالة هذه لا شك نمنع الفعل المشروع في الأصل، وهذا هو لب القول في منع التعسف في استعمال الحق إذا أدى إلى الإضرار بالآخرين.

٤- قال ﷺ: «**لا يمنع جارٌ جاره أن يغرز خشبة في جداره**»(٣).

وجه الدلالة: يدل الحديث صراحة على حرمة منع الجارِ جارَه من غرز خشبة في جداره؛ بل يجبره الحاكم إذا امتنع(٤).

فالمالك يُجبر قضاءً على تمكين جاره من الارتفاق بحائطه عند الحاجة، فإذا منعه فقد تعسف في استعمال حقه، وبالأخص إذا لم يلزم من الارتفاق ضررٌ بيّنٌ

(١) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٥/ ٣٨١.

(٢) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٧/ ٢١١.

(٣) صحيح البخاري ٢/ ١١٠ حديث رقم (٢٤٦٣).

(٤) انظر ابن قدامة: المغني ٤ / ٣٥٧، ابن رجب الحنبلي، ابن رجب: جامع العلوم و الحكم ص ٢٩٢. ابن حجر: فتح الباري ٥/ ١٣٧، ابن حزم: المحلى ٧ / ٨٦.

يعود على المالك، لأن القصد من المنع في هذه الحالة الإضرار، والمالك إذا تصرف دون مصلحة يستجلبها أو مفسدة يدفعها فقد قصد بالفعل الإضرار بجاره، والقصد إلى الإضرار ممنوع[1].

٥- خاصم الزبير رجلاً من الأنصار عند النبي ﷺ في شِراَجِ الحَرَّةِ التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سرِّح الماء يمر، فأبى عليه فاختصما عند النبي ﷺ، فقال رسول الله ﷺ للزبير: «**اسْقِ يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك**» فغضب الأنصاري فقال: أن كان ابن عمتك؟ فتلوَّن وجه رسول الله ﷺ ثم قال: «**اسْقِ يا زبير ثم احْبِس الماء حتى يرجع إلى الجَدْرِ**»[2].

وجه الدلالة: نص الحديث صريح في ثبوت حقوق الارتفاق لأصحاب الأراضي الزراعية المتجاورة بعضهم قِبَلَ بعض، كحق إمرار الماء في أرض غيره، وإذا امتنع صاحب الأرض التي يراد الارتفاق بملكه؛ اعتبر متعسفاً في استعمال حقه ويجبر على التمكين، ما لم يَلْحَقْهُ ضررٌ بيِّنٌ[3].

وفي الحديث نرى النبي ﷺ قضى بمنع المالك من التعسف في استعمال حقه في عدم تمكين جاره الارتفاق بأرضه إذا دعت حاجة الزراعة إلى ذلك، وفي ذلك عون لكل مزارع على استغلال أرضه بأيسر السبل.

فحرية التصرف في الملك وإن كانت هي الأصل؛ إلا أنها يجب أن تمارس على الوجه الذي لا يُلحِق الضرر بالآخرين، وهذا دليل واضح على منع التعسف في استعمال الإنسان لحقه.

٦- ورَّث عثمان - رضي الله عنه - امرأة عبد الرحمن بن عوف بعد انقضاء العدة؛ وكان طلقها مريضاً[4].

---

(١) انظر الحنبلي، ابن رجب: جامع العلوم والحكم ص ٢٩٢، الشوكاني: نيل الأوطار ٣/٣٣٨ - ٣٣٩.

(٢) صحيح البخاري: حديث رقم ٢١٨٧.

(٣) انظر الباجي: أبو الوليد سليمان من خلف، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق محمد عبد القادر عطا ٧ / ٤١٧ - ٤١٨، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٩، ابن قدامة: المغني ٤ / ٣٥٢ -٣٥٣، الحنبلي، ابن رجب: جامع العلوم والحكم ص ٢٩٢.

(٤) الصنعاني: أبو بكر عبد الرزاق بن همام المصنف، تحقيق نصر الدين الأزهري ٧ / ٤٦ دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ٢٠٠٠.

فحكم عثمان بن عفان - رضي الله عنه - بتوريث المبتوتة في مرض الموت؛ لأن الطلاق في هذه الحالة فيه مظنة الفرار من توريثها؛ أي فيه قصدُ حرمانها من حقها في الميراث.

ويُلْحَظُ في حكم عثمان - رضي الله عنه - معاملة المطلِّق بنقيض قصده، وهو الفرار من ميراثها، فدرءاً لتعسفه في استعماله حقه في الطلاق فقد حكم بتوريثها حمايةً لحقها في ميراثها ودفعاً للظلم عنها.

ووجه التعسف في طلاق المريض، أن الطلاق لم يشرع ليتخذَه الزوج وسيلةً يمارس من خلالها إيقاع الضرر والظلم والحيف على زوجته بحرمانها من ميراثها.

المبحث الثالث

معايير التعسف في استعمال الحق والجزاء المترتب عليه

المطلب الأول
معايير التعسف في استعمال الحق

وفيه فرعان:

الفرع الأول: المعيار الذاتي (الشخصي)

يستدعي هذا المعيار النظر في العوامل النفسية والدوافع التي حركت إرادة الشخص إلى استعمال حقه؛ كقصد الإضرار أو تحقيق مصالح غير مشروعة تناقض قصد الشارع(١).

وللمعيار الذاتي شقان:

الشق الأول: تمحُّض قصد الإضرار

في هذه الحالة لا يستعمل صاحب الحق حقه إلا لقصد واحد هو الإضرار بغيره دون أن يكون له نفع أو مصلحة في هذا التصرف، فيكون قد أساء استعمال حقه وتعسف فيه؛ لأن قصد إلحاق الضرر بالغير قبيح وممنوع في الإسلام ابتداء(٢)، ومنهي عنه في مواضع منها الوصية في قوله تعالى: ﴿...مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ... ⑫﴾ [النساء].

ووردت في كتب الفقه أمثلة كثيرة تدل على منع الإضرار، منها:

١- (لو ادعى حقًّا على رجل من أهل الخير والدين أُدبّ، وقال أشهب: لا يؤدب، وهل يحلف المدعى عليه في هذه الصور أم لا؟ قالوا: إن كان المدَّعى به

---

(١) الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، ص ٢٢٦.

(٢) انظر الشاطبي: الموافقات ٣ / ٢٤٢.

حقاً لله - تعالى - لم يحلف، وإن كان حقًا لآدمي فعن مالك قولان مبنيان على جواز سماع هذه الدعوى، والصحيح أنها لا تسمع في هذه الصور ولا يحلف المدعى عليه لئلاً يتطرق الأرذال والأشرار إلى أذية أهل الفضل والاستهانة بهم)[1].

٢- (ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا ضرر ولا ضرار»[2]، قال بعضهم: يحتمل أن يريد بقوله لا ضرر: الضرر أن تضر نفسك لتضر بذلك غيرك، فإذا منع هذا فكيف بمن يصلح مال نفسه بإفساد مال غيره؟)[3].

٣- (كل ما يستضر به المعامل فهو ظلم، وإنما العدل ألاّ يضر بأخيه المسلم، والضابط الكلي فيه ألاّ يحب لأخيه إلا ما يحب لنفسه، فكل ما لو عومل به شق عليه وثقل على قلبه؛ فينبغي أن لا يعاملَ غيره به)[4].

٤- (ويحرم على الجار إحداثُهُ في ملكِهِ ما يضر بجاره لخبر «لا ضرر ولا ضرار» ويمنع الجار منه - أي من إحداث ما يَضر بجاره إذا أراد فعله - كما يمنع ابتداءً إحداثه ما يضر بجاره. ومن أمثلة ما يضر بالجار بناء حمام يتأذى به، ونصب تنور يتأذى جاره باستدامة دخانه، وعمل دكان قصارة أو حداد يتأذى بكثرة دَقِّه ويتأذى بهز الحيطان من ذلك؛ ونصب رحى يتأذى بها جاره؛ وحفر بئر يتقطع بها ماء بئر جاره، وسقي وإشعال نار يتعديان إليه أي إلى الجار و نحو ذلك من كل ما يؤذيه، ويضمن من أحدث بملكه ما يضر بجاره ما تلف به أي بسبب الإحداث لتعديه به)[5].

---

(١) ابن فرحون: تبصرة الحكام ٢ / ١٢٨.

(٢) رواه ابن ماجه بلفظ «قضى رسول الله ﷺ أن لا ضرر ولا ضرار»، وعبد الرزاق ومالك وأحمد والطبراني، والدارقطني بلفظ «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»، ورواه الحاكم بلفظ «لا ضرر ولا ضرار، من ضر ضره الله ومن شق شق الله عليه» وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، انظر الزيلعي: نصب الراية ٦/ ٤٢٣، الصنعاني: سبل السلام ٢/ ١٢١، العسقلاني: التلخيص الحبير ٤/ ٣٦٢.

(٣) الطرابلسي، علاء الدين بن خليل: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر.

(٤) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد: إحياء علوم الدين، ٢/ ٨٥، دار الفكر بيروت لبنان، ط ٢، ١٩٨٩.

(٥) البهوتي: كشاف القناع ٣ / ٤٧٧.

بأن يستعمل الشخص حقه في غير الغرض الذي شرع من أجله؛ فيكون بذلك قد تعسف في استعماله، لأن قصده يناقض قصد الشارع في تشريع الحق، مثال ذلك:

١- قال عز وجل: ﴿...وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴿٣٤﴾﴾ [النساء].

فغاية التأديب حمل الزوجة على الطاعة وإصلاح نشوزها، فقد وضع الله عز وجل ولاية الضرب في يد الزوج للتأديب، فإذا ضربها لغير التأديب كان متعسفاً فيه؛ لانحرافه بهذا الحق عن الهدف الذي شرع من أجله، (فإن تحقق أو ظن عدم إفادته - الضرب - أو شكٍّ فيها فلا يضربها لأنها وسيلة إلى إصلاح حالها، والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها)[1].

فالحق وسيلة شرعت لغاية معينة؛ ولا يجوز استعمالها في غير غايتها، فإذا استعملت لتحقيق مصلحة غير مشروعة فقد ناقضت قصد الشارع، ومناقضة قصد الشارع باطلة.

٢- (سألت امرأة مالكاً عن ابنة لها في حجرها، وقد ترك الأمَّ زوجُها عن ابنة له منها فأراد الأب أن يزوجها من ابن أخ له، فأتت الأم إلى الإمام مالك فقالت له: إن لي ابنة وهي مرغوب فيها وقد أصدقت صداقاً كثيراً؛ فأراد أبوها أن يزوِّجَها من ابن أخ له معدم لا شيء له، أفترى لي أن أتكلم؟ قال: نعم إني أرى لك في ذلك متكلماً، قال ابن القاسم: أرى أن نكاح الأب إياها جائز عليها، إلا أن يأتي من ذلك ضرر فيمنع من ذلك)[2].

يفيد النص وجوب ممارسة حق الولاية على النفس - ولو للأب - على الوجه المحقق للمصلحة، فإذا استعمله الولي على وجه لا يحقق المصلحة للمُوَلَّى عليها كان متعسفاً.

---

(١) عليش: الشيخ محمد، منح الجليل شرح علي مختصر سيدي خليل ٣ / ٣٢٥، دار الفكر بيروت لبنان، بدون طبعة، ١٩٨٩ م.

(٢) الإمام مالك: المدونة الكبرى ٤/ ٥.

الفرع الثاني: المعيار المادي

يعتمد هذا المعيار الموازنةَ بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع؛ وما ينتج عنه من مفسدة، فإذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها مُنِعَ الفعل، يضاف إلى ذلك أن هذا الضابط يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضَها قِبَلَ بعض؛ والحقوقَ الفرديةَ مع المصلحة العامة[1]؛ ويحكم كذلك الاختلال البيِّن في توازن المصالح المتعارضة وانعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يحيق بغيره[2].

فبناء على هذا المعيار يكون الإنسان مسيئاً في استعمال حقه؛ إذا كانت المصلحة المترتبة على استعماله لا تتناسب مع الأضرار التي تصيب غيره.

ينضوي هذا المعيار على الضوابط التالية[3]:

١- الاختلال الواضح بيْن مصلحتين لا تناسب بينهما حال استعمال الفرد حقَّه.

٢- الضرر العام الذي يلحق بالمجتمع أو بجماعة عظيمة منه جرَّاء استعمال الحق الفردي.

٣- تَساوي الأضرار التي تلحق غيره جرَّاء استعمال صاحب الحق حقَّه بالمصلحة التي يجنيها من هذا الاستعمال أو زيادتها عليها.

ينظر هذا المعيار إلى نتائج الأفعال ومآلاتها، وفي المصنفات الفقهية أمثلة كثيرة عليه:

١- قال ﷺ لعائشة: «لولا حداثة عهد قومك بالكفر لنقَضْتُ الكعبةَ على أساس إبراهيم - إن قريشاً حين بَنَت البيت استقصرت - ولجعلت لها خلفاً»[4].

---

(١) انظر الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٢٢٦.

(٢) انظر أبو حجير: نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٤٣.

(٣) الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٢٤٧.

(٤) صحيح مسلم ٢ / ٩٦٨ حديث رقم (١٣٣٣).

يدل الحديث على البدء بالأهم إذا تعارضت المصالح وتعذر الجمع بينها؛ أو إذا تعارضت مصلحةٌ ومفسدةٌ وتعذر ترك المفسدة، فقد (أخبر ﷺ أن نقض الكعبة ورَدَّها إلى ما كانت عليه من قواعد إبراهيم ﷺ مصلحة مشروعة، لكنها ستؤولُ إلى مفسدة أعظم منها هي فتنةُ بعضِ حديثي العهد بالإسلام من القرشيين؛ لما يعتقدونه من فضل الكعبة فيرَوْنَ تغييرَها عظيماً، فتركها ﷺ)[1].

٢- (والنوع الثاني - من الضرر- أن يكون له غرض آخر صحيح؛ مثل أن يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره، أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه توفيراً فيتضرر الممنوع بذلك، أما الأول وهو التصرف في ملكه بما يتعدى ضرره إلى غيره؛ فإن كان على غير الوجه المعتاد مثل أن يؤجج في أرضه ناراً في يوم عاصف فيحترق ما يليه فإنه متعدٍّ بذلك وعليه الضمان)[2].

٣- (هل يُمْنَعُ أربابُ النَّحْلِ أو الحمامِ أو الدجاجِ من اتخاذه حيث أَضَرَّتْ بالناس في زروعها وبساتينها؛ وهو رواية مطرِف عن مالك؟ أو عدم منعهم وعلى أرباب الزرع والشجر حفظها؛ وهو قول ابن القاسم وابن كنانة؟ قال ابن عرفة: هذه النازلة تقع كثيراً؛ والصواب أن يُحْكَمَ فيها بقول مطرِف وإن كان على خلاف قول ابن القاسم؛ لأن منع أرباب الحيوان أخفُّ ضرراً من ضررِ أرباب الزرع والثمار؛ لأنه لا يتأتى لهم حفظها ولا يمكنهم نقل زرعهم ولا أشجارهم، وإذا الْتَقى ضرران ارتكب أخفهما)[3].

وقرر علماء الفقه الإسلامي منع وقوع الضرر الفاحش؛ وبالأخص في العلاقات التي تربط بين المتجاورين، وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية، فقد جاء في المادة (١١٩٩) (**ما يضر البناء أو يوجب وَهَنَهُ ويسبب انهدامه أو يمنع الحوائج الأصلية - أي المنفعة الأصلية - المقصودة من البناء كالسكن هو ضرر فاحش**)، ومثَّلَتْ المجلة لهذا الضرر بأمثلة منها: اتخاذ محل للحدادة أو طاحون

---

(١) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٥ / ٨٩، الشاطبي: الموافقات ٤/ ١١٢.

(٢) الحنبلي، ابن رجب: جامع العلوم والحكم ص ٢٩٠.

(٣) التسولي: أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، ضبط محمد عبد القادر شاهين٢/ ٥٥٩، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٨).

باتصال دار، وإحداث فُرْنٍ أو معصرة بجانب دار لا يستطيع صاحبها السكنى لتأذّيه من رائحتها ومنعت الضوء بالكلية، وإحداث مرحاضٍ بحيث تتسرب مياهه إلى بئرٍ معدةٍ للشرب. واعتبرت إحداثَ نافذةٍ أو بناءَ بيتٍ يستطيع من خلاله الإشراف على مقر النساء في دار جاره من الضرر الفاحش واجب الإزالة[1].

يستنتج من دراسة المعيارين الذاتي والمادي أنَّ استعمال الحق لم يشرع ليكون وسيلة للإضرار بالآخرين، أو لتحقيق أغراض غير مشروعة، أو ليكون وسيلةَ تحقيقِ مصلحة خاصة ضئيلة إذا لزم من استعماله ضرر كبير، فإن كان ذلك فهو ممنوع عملاً بالقاعدة الشرعية (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)[2].

المطلب الثاني

الجزاء المترتب على التعسف في استعمال الحق

الأصل أن الإنسان إذا استعمل حقه - ولو متعسفاً - لا يكون مسؤولاً عما ينتج عن فعله، لأن الأصلَ في استعماله الإباحةُ، والفعل المباح لا تترتب على إتيانه أية مسؤولية أو ضمان انسجاماً مع القاعدة الفقهية القائلة: (الجواز الشرعي ينافي الضمان)[3].

وما دام الأمر كذلك فهل هناك وجهٌ شرعي للجزاء على المتعسف في استعمال حقه؟

لبيان ذلك أقول: إن الله - عز وجل - منح الإنسان حق التصرف واستعمال حقه، إلا أن هذا التصرف والاستعمال مقيدان بكونهما ضمن دائرة الشرع، ومنسجمين مع المعايير والأسس التي يتوجب على الإنسان الْتزامها، فإذا خالفها فقد استعمل حقه بطريقة منافية لقصد الشارع، والذي يستعمل حقه على هذا الوجه فقد خالف أمر الشارع، ومخالفة أمر الشارع تستوجب الجزاء. لذا رتبت

(١) انظر حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣ / ٢٢٢.

(٢) انظر المصدر ذاته ٣/ ٤١ المادة رقم (٢٧).

(٣) إسماعيل: محمد بكر، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٢١٠ دار المنار، ط١، ١٩٩٧.

الشريعة الإسلامية جزاء على من تعسف في استعمال حقه أو ترك استعماله تعسفاً، وهو أربعة أقسام:

القسم الأول: الجزاء العيني

ويترتب هذا الجزاء على المتعسف في استعمال حقه في التصرفات الفعلية أو القولية:

التصرفات القولية

والمقصود الجزاء في العقود التعسفية، مثال ذلك:

١- وصية الضرار، وهي إما أن يخصّ الموصي بعض الورثة بزيادة على فرضه الذي فرضه الله له فيتضرر بقية الورثة بتخصيصه؛ لقوله ﷺ: **«إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»**[١]، وإما أن يوصي لأجنبيٍّ زيادةً على الثلث فينتقصَ حقوق الورثة؛ لقوله ﷺ «الثلث والثلث كثير»[٢].

فلو أوصى شخصٌ لوارثٍ أو أجنبيٍّ زيادة على الثلث لم تنفذ وصيته إلاَّ بإجازة الورثة[٣]. فالجزاء على هذا التصرف إبطاله ومنعُ ترتُّب آثاره عليه، لأن العقودَ أسبابٌ جعلية غير مؤثره بذاتها بل بجعل الشارع؛ فليست كالعلل العقلية، فيحال بينها وبين ترتُّب آثارها عليها، لذلك يعتبر هذا العقد باطلاً.

٢- بيع سلعة المحتكر بثمن المثل، فقد قال رسول الله ﷺ **«من احتكر فهو خاطئ»**[٤]، وورد في هذه المسألة إجماع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام واضْطُرَّ الناس إليه ولم يجدوا غيره؛ أجبر على بيعه دفعاً للضرر عن الناس[٥]. فالمحتكر استعمل حقه في شراء السلعة، لكنه تعسف في حقه هذا بمنعها عن الناس الذين تتعلق حاجتهم بها، فجزاء تصرفه إجباره على بيعها ولو بثمن المثل دفعاً لتعسفه وإضراره بالمجتمع.

---

(١) رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح، سنن الترمذي ٣/ ١٧٩- ١٨٠حديث رقم (٢١٢١).

(٢) صحيح البخاري ٢/ ١٩٥ حديث رقم (٢٧٤٣).

(٣) انظر الحنبلي، ابن رجب: جامع العلوم والحكم ص ٢٨٨.

(٤) صحيح مسلم ٣/ ١٢٢٧ حديث رقم (١٦٠٥).

(٥) انظر صحيح مسلم بشرح النووي٦/ ٤٢.

٣- سلب الولي ولايته إذا امتنع عن تزويج موليته الكفء، قال معقل بن يسار: زوَّجتُ أختاً لي من رجلٍ فطلَّقها حتى إذا انقضت عدتَها جاء يخطبُها، فقلتُ له: زوَّجتُك وفرَشتُك وأكرمتك فطلَّقتَها ثم جئت تخطبها؛ لا والله لا تعود إليك أبدا، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ... (٢٣٢)﴾ [البقرة]، فقلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال: «فزوِّجها إياه»[١].

يدل الحديث على أن الحاكم لا يزوج المرأة إلا بعد أمرِ وليِّها بالرجوع عن العضل، فإن أصرّ الولي على العضل زوَّجها رغماً عنه[٢]. فجزاء الولي المتعسف أن تسلَبَ ولايته حين أساء استعمالها بعضل موليّته أن تتزوج الكفء؛ وتوضع في يد الحاكم[٣].

التصرفات الفعلية

ويتمثل ذلك بالمنع من مباشرة الضرر قبل الوقوع أو إزالته إن أمكن؛ أو قطع سببه بعد الوقوع؛ منعاً لاستمراره في المستقبل، تبيِّنُ الأمثلة التالية أن للشخص استعمال حقه بغير ظلم مادام ذلك وفق الضوابط الشرعية:

١- جاء في المادة (١٢٠٢) من المجلة (رؤية المحل الذي هو مقر النساء كالمطبخ وباب البئر وصحن الدار يعد ضرراً فاحشاً، فإذا أحدث أحد في داره نافذة أو بنى بناء وفتح فيه نافذة على المحل الذي هو مقر نساء جاره اللاصق أو جاره المقابل الذي يفصل بينهما طريق؛ وكان يرى مقر نساء الآخر منه فيؤمر برفع الضرر، ويكون مجبوراً على دفع هذا الضرر بصورة تمنع وقوع النظر، إما ببناء حائط أو وضع ستار من الخشب)[٤].

---

(١) رواه البخاري في كتاب النكاح برقم ٤٧٣٥.

(٢) انظر الشوكاني: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ٦/٦١٧.

(٣) الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٤٢١.

(٤) حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣/ ٢٣٠ - ٢٢٩.

٢- (إذا كانت الدار مجاورة لدور فأراد صاحبها أن يبني فيها تنوراً للخبز الدائم أو رحى طحن أو مدقّةً للقصّارين؛ يُمْنَع منه لأنه يتضرر به جيرانه ضرراً فاحشاً)(١).

٣- (يجتهد الحاكم ويمنع ما يظهر له منه العبث وقصد الفساد؛ كأن يحفر بئراً قرب بئر جاره فيذهب ماؤها، فإنها تُطَمُّ)(٢).

٤- (إن حفر إنسان بئراً في ملكه فانقطع ماء بئر جاره؛ أُمِرَ بِسَدِّها ليعود ماء البئر الأول، لأن الظاهر أن انقطاعَه بسببها)(٣).

القسم الثاني: الجزاء التعويضي

تقوم فكرة الجزاء التعويضي على مبدأ إزالة الضرر المادي الذي أصاب الآخرين؛ ويعبر عنه في الفقه الإسلامي بالضمان. ومن القواعد المقررة في الفقه «الضرر يزال»(٤)؛ والتي تم تأصيلها من حديث الرسول ﷺ **«لا ضرر ولا ضرار»**(٥).

وإزالة الضرر الواقع على النفس الإنسانية قصداً يكون في الشريعة بالمماثلة قصاصاً، لأن هذه النوعية من الجرائم والجنايات لا تُقْمَعُ إلا بذلك؛ تأديباً للجاني وزجراً لغيره، قال تعالى: ﴿**وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُوْلِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ** ﴿١٧٩﴾﴾ [البقرة].

أما إزالة الضرر الواقع على المال أو على الأبدان بطريق الخطأ فيتحقق بالتعويض؛ لأن فيه جبرَ الضرر الواقع ومحو آثاره ورد مال المعتدى عليه كما كان. أما الإتلاف المماثل ففيه تكرار الضرر ومضاعفة المفسدة(٦). فلو أضر شخصٌ بآخر

---

(١) ابن الهمام: فتح القدير ٧/٣٠٦.

(٢) انظر الحنبلي، ابن رجب: جامع العلوم والحكم ص ٢٩٠.

(٣) البهوتي: كشاف القناع ٣/٤٧٧-٤٧٨.

(٤) انظر ابن نجيم: الأشباه والنظائر ص ٨٥، السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن ابن ابي بكر الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق محمد المعتصم بالله البغدادي ص ١٧٣، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، ط٢، ١٩٩٣.

(٥) سبق تخريجه ص٤٤.

(٦) فيض الله، محمد فوزي: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ص١٥٩، مكتبة دار التراث- الكويت ط٢، ١٩٨٦

في ذاته أو ماله لا يجوز للمتضرر أن يقابِلَه بضرر، بل يجب عليه أن يراجع الحاكم ويطلب إزالة ضرره بالصورة المشروعة، كما لو أتلف شخص كرماً لآخر فليس للمتضرر أن يتلف كرمه[1].

ومن الحقوق التي تستوجب الحفظ حق الاختراع أو الابتكار، وهو ناتج عن أوضاع الحياة المادية والثقافية والاقتصادية الحديثة، كحق المخترع والمؤلف والمنتج لأثرٍ فني أو فكري أو صناعي، فإن لهؤلاء حقًّا في الاحتفاظ بنسبة ما اخترعوه أو أنتجوه إليهم، وحفظ المنفعة المالية التي يمكن استغلالها من نشره وتعميمه[2].

وهذا ما أقره مجمع الفقه الإسلامي حيث جاء في قراره رقم ٤٣(٥/ ٥) بشأن الحقوق المعنوية: إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١-٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ وفق ١٥-١٠-١٩٨٨م؛ بعد اطّلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع الحقوق المعنوية؛ واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله؛ قرر ما يلي:

١- الاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها؛ أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتموُّل الناس بها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها.

٢- يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي؛ إذا انتفى الضرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقًّا ماليًّا.

٣- حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرف فيها؛ ولا يجوز الاعتداء عليها[3].

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٣٣.

(٢) الزرقا: نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي ص ٣١- ٣٢.

(٣) أبو غدة، عبد الستار: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص ٩٤، دار القلم - دمشق، ط٢، ١٩٩٨.

(أما كتب العلم فقد قيل: يجوز النظر في الكتاب بغير إذن صاحبه لأن العلم لا يحل منعه ولا يجوز كتمانه، وقيل: لا يجوز لظاهر الحديث، ولأن صاحب الشيء أولى بمنفعة ملكه؛ وإنما يأثم بكتمان العلم الذي سئل عنه، فأما منع الكتاب عن غيره فلا إثم فيه)[١].

تدل هذه النصوص على أن الاعتداء على حقوق الآخرين المعنوية بأي شكل يوجب الملاحقة القانونية والجزائية؛ بسبب الإضرار بأصحابها، لذا يقتضي تعويضهم عنها.

القسم الثالث: الجزاء التعزيري

التعزير من العقوبات التي أعطي حق تقديرها إلى ولي الأمر؛ يوقعها على من يقترف أفعالاً محظورة ليس لها عقوبة محددة[٢]. وتختلف هذه العقوبة من شخص إلى آخر لأن القصد منها الزجر والردع[٣].

وفي المصنفات الفقهية عبارات توجب تعزير من تعسف في استعمال حقه، مثال ذلك:

١- (إذا رُفِع إلى القاضي حالُ المحتكر يأمره ببيع ما يفضُلُ عن قُوتِهِ وعياله؛ فإن امتنع باع القاضي عليه، لأنه في مقدار قوته وعياله غير محتكر، ويترك قُوتَهم على اعتبار السلعة. وقيل إذا رُفِعَ إليه أول مرة نهاه عن الاحتكار؛ فإن رفع إليه ثانياً حبسه وعزره بما يرى؛ زجراً له ودفعاً للضرر عن الناس)[٤].

٢- (وسئل المارزي عن رجل حلف بالطلاق الثلاث في مجلس الحاكم بحضرة العدول هل يلزمه عقوبة؟ فأجاب - رحمه الله -: إيقاع

---

(١) الإمام البغوي: شرح السنن، ١١/ ٧٤، المكتب الإسلامي.

(٢) انظر ابن فرحون: تبصرة الحكام ٢/ ٢١٧.

(٣) انظر الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ص ٢٩٥ دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ١٩٨٢.

(٤) ابن مودود، عبد الله بن محمود الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، تعليق عبد اللطيف محمد عبد الرحمن ٤/ ١٧١-١٧٢، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٨.

الطلاق الثلاث لم يُجْمع العلماء على تحريمه بل فيه خلاف، لكن مذهب مالك المنع، ولكن هذا لما كثر على ألْسنة الناس واشتهر فيما بينهم صار كثيرٌ من العوام يعتقد أنه جائز، وهو مفهوم من حالِ كثيرٍ منهم، فإن كان هذا الرجل ممن يجهل تحريمه ويعتقد أن اليمين به جائزة أو من المكروهات التي لا تحريم فيها فالعقوبة بسبب هذا اليمين لا تلزمه لجهله، وإن كان أوقعه عالماً بتحريمه ومجترئاً على إيقاعه تعلقت به العقوبة بحسب الاجتهاد، وهذا واضح لا يختلف فيه)[1].

القسم الرابع: الجزاء الأخروي

التعسف في استعمال الحق فعل غير مشروع؛ لأنه عملٌ ناقَضَ قصدَ الشارع ونشأ عنه إضرارٌ بغيره وكلاهما ممنوعٌ شرعاً، فإن تعسَّف في استعمال حقه فقد ارتكب محظوراً يترتب عليه إثم وعقوبة في الآخرة.

والعقوبة الأخروية مما تمتاز به الشريعة الإسلامية عن النظم والقوانين الوضعية، وهذا جزاء مهم لاستقرار المجتمع؛ لأنه أحياناً لا يمكن إثبات التعسف أمام القضاء؛ فيبقى الجزاء الأخروي لردع المؤمن عن التعسف في استعمال حقوقه[2].

كما أن صاحب الحق الذي لم يستطع إثبات حقه أمام القضاء يعلم أن هناك عقوبة في

الآخرة، الأمر الذي يُهَدِّئُ نفسه على ما أصابه من ضرر، مما يبعث الطمأنينة في نفسه إلى أنَّ هذا المتعسِّفَ لن ينجو من عذاب الله عز وجل يوم القيامة. ويكفينا في ذلك قول الله - عز وجل -: ﴿فَوَرَبِّكَ لَنَسْأَلَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ ﴿٩٢﴾ عَمَّا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴿٩٣﴾﴾ [الحجر].

---

(١) ابن فرحون: تبصرة الحكام ٢/ ٢٢٤.

(٢) انظر الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٤٢٣.

الفصل الثاني

مدى انطباق مبدأ التعسف في استعمال الحق

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: هل الأصل في الطلاق الحظر أم الإباحة؟

المبحث الثاني: تطبيق التعسف في استعمال الحق على الطلاق

المبحث الأول

هل الأصل في الطلاق الحظر أم الإباحة؟

النكاح نعمة ربانية عظيمة على الإنسان، وسنة من سنن الرسول ﷺ وسنة النبيين من قبله، حث عليها الشرع ورغّب بها، وكره الرغبة عنها لأنها مخالفةٌ للفطرة التي خلق الناس عليها، قال تعالى ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا ... (٢١)﴾ [الروم] واعتبر الطلاق كفراناً لهذه النعمة؛ فبغّض فيه وحذر منه.

اختلف العلماء في الطلاق هل الأصل فيه الحظر أم الإباحة على مذهبين:

المذهب الأول: الأصل في الطلاق الحظر، ولا يباح إلاَّ لأسبابٍ قاهرة، وهو قول بعض الحنفية[١] وبعض المالكية[٢] وبعض الحنبلية[٣].

ونقل ابن حزم استدلال أصحاب هذا المذهب على صحة ما ذهبوا إليه بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿... فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً ... (٣٤)﴾ [النساء].

وجه الدلالة: كلمة «سبيلاً» نكرة في سياق الشرط فتفيد العموم، وهذا يدل على أنه في حال طاعة الزوجة لا يبغي الزوج عليها سبيلاً لا ضرباً ولا شقًّا ولا طلاقاً.

٢- قوله تعالى: ﴿...وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا (١٩)﴾ [النساء].

---

(١) انظر ابن الهمام: فتح القدير٣/ ٤٥٥.

(٢) انظر الصاوي، أحمد أبو العباس: حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢/ ٥٣٥.

(٣) انظر المحرر في الفقه٢/ ١٠٩. الفتاوى٣/ ١٦.

وجه الدلالة: الآية تحث الرجال على الصبر إذا رأوا منهن ما يكرهون؛ ولم ترشدهم إلى الطلاق، فكيف يكون الأمر إذا لم يروا منهن ما يكرهون؟.

٣- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ... (٣٥)﴾ [النساء].

وجه الدلالة: لو كان الطلاق مباحاً لما أمر الله - تعالى - ببعث الحكمين مع وجود النزاع، وإنما أمر بذلك لتضييق دائرة الطلاق لتقتصر على الحالات التي يصعب فيها التئام الأسرة، ويكون ضرر البقاء فيها أكبر من الضرر الناتج عن التفريق.

٤- قوله تعالى: ﴿... فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ ...(١٠٢)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: جعل الله - عز وجل - التفريق بين الزوجين من أعمال السحرة والشياطين فإضافته إليهم يدل على بغضه ومقته وكرهه(١).

٥- قوله ﷺ: «إن إبليس يضع عرشه على الماء ثم يبعث سراياه، فأدناهم منه منزلة أعظمهم فتنة، يجيئ أحدهم فيقول: فعلتُ كذا وكذا، فيقول: ما صنعتَ شيئاً، قال: ثم يجيئ أحدهم فيقول: ما تركتُه حتى فرقْتُ بينه وبين امرأته، قال فيدنيه منه ويقول: نِعْمَ أنت»(٢).

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن التفريق بين الأزواج من أحب الأعمال إلى الشيطان، ومهمّته التحريش بين الأزواج بالخصومات والشحناء(٣)، وإذا كان الشيطان يحب هذا العمل فلا شك أن المطلّق من غير سبب هو من أحباء الشيطان، وذلك لحب صنيعه عنده.

٦- قوله ﷺ: «أيما امرأة سألت زوجها طلاقاً في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة»(٤).

---

(١) انظر الصابوني: مختصر ابن كثير ١/ ٩٨.

(٢) صحيح مسلم ٤ / ١٦٧ حديث رقم (٢٨١٣).

(٣) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٩ / ١٥٢ - ١٥٣.

(٤) رواه أبو داود وصححه الألباني، انظر سنن أبي داود ٢ / ٢٤٤ حديث رقم (٢٢٢٦) الألباني: ارواء الغليل تخريج أحاديث منار السبيل ٧ / ١٠٠ حديث رقم (٢٠٣٥).

وجه الدلالة: (الحديث صريح في تحريم سؤال المرأة الطلاق من زوجها تحريماً شديداً يبلُغُ حد الحرمان من رائحة الجنة فضلاً عن دخولها، وكفى بذنب يبلغ بصاحبه إلى ذلك المبلغ؛ منادياً على فظاعته وشدته)[١].

٧- واستدلوا بحرص الرسول ﷺ على دوام العشرة بين الأزواج، وخير مثال على ذلك حرصه على إبقاء زيد على زوجته عند استحكام الشقاق بينهما، قال تعالى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ ... ﴿٣٧﴾﴾ [الأحزاب].

٨- واستدلوا عقلاً بأن الزواج من أَجَلِّ نعم الله عز وجل وأعظمها، والطلاق من غير حاجة تدعو إليه كفرانٌ للنعمة وهدم للمصلحة[٢].

٩- إيقاع الطلاق بدون سبب شرعي أو حاجة داعية إليه إيذاء للمرأة بغير حق، والإيذاء محظور؛ لقول الله - عز وجل -: ﴿وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٥٨﴾﴾ [الأحزاب].

المذهب الثاني: الطلاق مباح غير محظور، وهو قول الحنفية[٣] والمالكية[٤] والشافعية[٥] والحنبلية[٦].

واستدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه بالأدلة التالية:

١- قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ... ﴿٢٣٦﴾﴾ [البقرة].

---

(١) الشوكاني: نيل الأوطار ٦ / ٧٤٠.

(٢) انظر السرخسي: المبسوط ٦ / ٢.

(٣) انظر السرخسي: المبسوط ٦ / ٢، ابن عابدين: رد المحتار ٣/ ٢٢٩، ابن نجيم: البحر الرائق٣/ ٢٥٥.

(٤) انظر الحطاب: مواهب الجليل ٤/ ١٨، النفراوي: الفواكه الدواني ٢/ ٣١، حاشية العدوي ٢/ ٨٠.

(٥) انظر الشافعي: الأم ٥ / ٢٦٤، الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٦/ ٤٣٣، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/ ٤٨٨، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب ٤/ ٣٢١.

(٦) انظر ابن قدامة: المغني٧ / ٦٦، البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع ٥/ ٢٣٢، ابن مفلح: الفروع٥/ ٣٦٣.

وجه الدلالة: نفي الجناح يعني نفي الإثم والحرج، وهذا ينافي الحظر فكان مباحاً، ولو كان مكروهاً إلى الله - تعالى - ومبغضاً إليه لأصبح تناقضاً بين كراهية الله ويغضه له وبين إباحته، وهو محال على الله - عز وجل -[1].

٢- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ...(١)﴾ [الطلاق].

وجه الدلالة: قوله تعالى ﴿...فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ...(١)﴾ مطلق غير مقيد بسبب أو حاجة، لذا فهو مباح دون قيد أو شرط[2].

٣- قوله ﷺ: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»[3].

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن الكراهة تنصرف إلى سبب الطلاق، وهو سوء العشرة وقلة الموافقة، لأن الطلاق مباح[4].

٤- فعل النبي ﷺ:

أ - فقد «طلق رسول الله ﷺ سودة؛ فلما خرج إلى الصلاة أمسكت بثوبه فقالت: والله ما لي في الرجال من حاجة، ولكني أريد أن أحشر في أزواجك، فراجعها وجعل يومها لعائشة»[5].

وجه الدلالة: طلاق الرسول ﷺ سودة دون سبب دليل على إباحة الطلاق، ولو كان محظوراً لما طلّقها.

---

(١) انظر السرخسي: المبسوط ٦/ ٢، التسولي: البهجة شرح التحفة ١/ ٥٣٧.

(٢) انظر ابن عابدين: رد المحتار ٣/ ٢٩٩.

(٣) سبق تخريجه ص ١١.

(٤) انظر التسولي: البهجة شرح التحفة ١/ ٥٣٧.

(٥) حديث مرسل رواه البيهقي في سننه، وأخرجه ابن سعد مرسلاً برجال ثقات ولفظه " أن النبي ﷺ طلقها - يعني سودة - فقعدت على طريقه وقالت: والذي بعثك بالحق ما لي في الرجال حاجة، ولكن أحب أن أبعث مع نسائك يوم القيامة فأنشدك بالذي أنزل عليك الكتاب هل طلقتني بمَوْجِدَةٍ وجدتها علي؟ قال: لا، قالت: فأنشدك الله لما راجعتني فراجعها، قالت: فإني جعلت يومي لعائشة حِبَّةِ رسول الله ﷺ "، انظر الصنعاني، محمد بن إسماعيل: سبل السلام٢/ ٢٤٠.

ب- وقد «كان طلق حفصة ثم راجعها»[1].

وجه الدلالة: يدل الحديث على إباحة الطلاق، وإلاَّ لما فعله ﷺ[2].

٦- واستدلوا عقلاً بأن الله - تعالى - شرع الطلاق، وما شرع فليس بمحظور على أهله، بدليل أنه ﷺ علَّم مَنْ طلَّقَ بين يديه مِنْ أصحابه كعبد الله بن عمر وعويمر العجلاني، وهذا يدل أنه ليس محظوراً[3].

٧- روي أن بعض الصحابة طلقوا زوجاتهم، فقد طلَّق عمر بن الخطاب زوجته أم عاصم[4]، وطلَّق عبد الله بن عمر زوجته[5]، وطلَّق عبد الرحمن بن عوف زوجته تماضر[6]، واستكثر الحسن بن علي - رضي الله عنه - من النكاح والطلاق، فقال علي - رضي الله عنه -: إن ابني هذا مطلاقٌ فلا تزوجوه، فقالوا: بل نزوِّجُه ثم نزوجه ثم نزوجه[7].

مناقشة الأدلة

لم تسلم أدلة الفريقين من الاعتراض عليها، فقد نوقشت أدلة القائلين بالإباحة بما يلي:

١- الاستدلال بقوله تعالى: ﴿لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ... (٢٣٦)﴾ يجاب عنه بأنه يدل على أن نفي الجناح منصبٌّ على التطليق قبل التسمية أو الدخول لا على كل طلاق، فهو القيد الملاحَظُ؛ لأن المقيَّدَ بقَيْدٍ ملاحَظٍ إذا نُفِيَ فالنفيِ مُنْصَبٌّ عليه[8].

---

(١) أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه والدارمي، ورواه الإمام مالك في الموطأ والإمام أحمد في المسند، وصححه الألباني، انظر إرواء الغليل تخريج أحاديث منار السبيل ٧ / ١٥٧ رقم (٢٠٧٧).

(٢) انظر التسولي: البهجة في شرح التحفة ١ / ٥٣٧. الشوكاني: نيل الأوطار ٦ / ٧٤٠ - ٧٤١.

(٣) الأم: الشافعي: الأم ٦ / ٢٦٤ - ٢٦٥.

(٤) عبد الرزاق: المصنف ٧ / ١٢٠ - ١٢١ رقم (١٢٦٥٢).

(٥) صحيح مسلم ٢ / ١٩٣ حديث رقم (١٤٧١).

(٦) سنن الدارقطني ٤ / ٤١ رقم (٤٠٠٥).

(٧) انظر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٣ / ١٣٠، التسولي: البهجة في شرح التحفة ١ / ٥٣٧.

(٨) انظر عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ص٢٨٥، دار الفكر العربي/ ط١، ١٩٨٤.

٢- الاستدلال بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ ...(١)﴾ نوقش بأن الطلاق الوارد فيها قُيِّدَ بأدلة كثيرة تفيد أن طلاقَ الزوجة مع طاعتها وحسن خلقها طلاقٌ من غير حاجة، والطلاقُ من غير حاجةٍ كفرانٌ للنعمة وحمق وسفاهة؛ ومحالٌ أن يكون هذا مباحاً[1].

٣- الاستدلال بحديث «طلاق الرسول ﷺ سودة - رضي الله عنها» نوقش من وجهين:

الأول: أنه يحمل على حاجة أو سبب كعدم اشتهائها فيتضرر بإكراه نفسه على جماعها[2].

الثاني: لم يَرِدْ أنه ﷺ طلق سودة من غير حاجة أو سبب، فمن الواجب حملُه على الحاجة لتنزيه فعله ﷺ عن العبث[3].

٤- حديث «**أبغض الحلال إلى الله الطلاق**» نوقش بأن الحديث ورد فيه أن الطلاق حلال، والحل لفظ من ألفاظ الإباحة، والمراد به الحل الذي يقابل الحرمة؛ فيشمل الواجب والمندوب والمكروه، وتَعَيَّنَ حملُه على الحظر والكراهة بقرينةِ بُغْضِ الله - عز وجل - له، إذ الواجب والمندوب لا يوصفان بالكراهة، ولا يحملان على الإباحة؛ لأن الإباحة تعني استواء الفعل والترك؛ والحديث يرجِّحُ جانبَ الترك على جانب الفعل[4].

٥- ما ورد عن بعض الصحابة من إيقاعهم الطلاق يُحْمَلُ على الحاجة إلى الطلاق[5]، والقاعدة في ذلك أن حوادث الأعيان ربما اقترن بها ما يحمل على إباحتها من حاجة أو ضرورة أو سبب؛ لأن وقائع الأعيان لا تَعُمُّ.

٦- ما جاء في كثرة زواج الحسن بن علي وطلاقه، فقد نوقش من عدة وجوه:

---

(١) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٣ / ٤٤٦.

(٢) انظر المصدر ذاته.

(٣) حاشية ابن عابدين ٢ / ٤١٢.

(٤) المصدر ذاته ٢ / ٤١٦، تقريرات عليش ٣ / ٢٣٩.

(٥) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٣ / ٤٤٦.

الأول: ورد أنَّ والده علياً - رضي الله عنه - نهى الناس عن تزويجه لأنه مطلاق، ولو كان الطلاق مباحاً لما نهاهم عن ذلك.

الثاني: ورد عن الحسن أنه قال: (أحب الغنى)، قال الله تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ ... (١٣٠)﴾ [النساء]، فهو رأي واجتهاد منه[١].

الثالث: إن طلاق الحسن وكثرة زواجه كان لسبب قام في الحال؛ هو تكثير النسب الشريف من أهل البيت - رضي الله عنهم -؛ وهذه مصلحة شرعية معتبرة.

٧- حديث طلاقه ﷺ حفصة - رضي الله عنها -، فقد أجيب عنه من وجهين:

الأول: إن النبي ﷺ ارتجعها بأمر الله تعالى؛ فقد نزل به جبريل عليه السلام أن: راجِعْ حفصةَ فإنها صوامةٌ قوامةٌ وهي زوجتك في الجنة[٢].

الثاني: يحتمل أنَّ طلاقها كان لإفشائها الحديث الذي أسَرَّه رسول الله ﷺ إليها في قوله تعالى ﴿وَإِذْ أَسَرَّ النَّبِيُّ إِلَىٰ بَعْضِ أَزْوَاجِهِ حَدِيثًا فَلَمَّا نَبَّأَتْ بِهِ وَأَظْهَرَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ عَرَّفَ بَعْضَهُ وَأَعْرَضَ عَنْ بَعْضٍ ...(٣)﴾ [التحريم]، فقد ورد أنه ﷺ طلقها تأديباً، فلما دخل عليها أبوها وأنّبها وتحقّق مقصودُ التأديب راجعها ﷺ.

من خلال المقارنة بين أدلة القائلين بأن الأصل في الطلاق الحظر وأدلة مخالفيهم؛ فأرى **أن الأصل في الطلاق الحظر** لما يلي:

---

(١) انظر المصدر ذاته.

(٢) انظر التسولي: البهجة في شرح التحفة ١ / ٥٣٧، وأخرج أحمد في مسنده " أن رسول الله ﷺ طلق حفصة ثم ارتجعها " وهو مرسل، وروى محمد بن الربيع الجيزي في كتاب من دخل مصر من الصحابة بإسناد متصل من حديث عقبة بن عامر " طلق رسول الله ﷺ حفصة، فبلغ ذلك عمر فحثا على رأسه التراب وقال ما يعبأ الله بعمر وابنته بعد هذا، فنزل جبريل من الغد على رسول الله ﷺ وقال: إن الله يأمرك أن تراجع حفصة رحمة لعمر "، وقال ابن عبد البر: فطلقها تطليقة ثم ارتجعها وذلك " أن جبريل عليه السلام قال له: راجع حفصة فإنها صوامة قوامة وإنها زوجتك في الجنة "، انظر العراقي عبد الرحيم: طرح التثريب ١/ ١٤٢.

١- قوة الأدلة على هذا المذهب وسلامتها من الطعون، وانسجام الاستدلال بها مع حظر الطلاق وتقييده إن كان بغير ضوابط.

٢- حظر الطلاق دون حاجة ملحة إليه يؤكد مبادئ التشريع الإسلامي من تيسير سبل الزواج؛ وتضييق السبل المؤدية إلى الطلاق، بحيث لا يجوز الإقدام عليه إلا إذا استُنفِدَتْ وسائل الإصلاح التي يسهم بها أهل الطرفين وقرابتهما.

٣- الطلاقُ دون حاجة إليه يؤدي إلى تشتيت الأسرة وتشريد الأولاد؛ زيادة على إيذاء المرأة وأهلها وأقاربها، وهذا نفسه التعسف الممنوع بعموم أدلة الشريعة.

المبحث الثاني

تطبيق التعسف في استعمال الحق على الطلاق

أولاً: الطلاق دون حاجة مناقضة لقصد الشارع

جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل؛ وجعل إيقاعه حقًّا له؛ لأن الرجل غالباً أكثر رويَّة من المرأة، وأقدر منها على ضبط النفس والتأني في اتخاذ القرار، مما يقلل إقدامه على إيقاع الطلاق، ولو جعل الطلاق بيد المرأة لأدى ذلك إلى ارتفاع نسبة الطلاق، لأنها قد تتسرع في إيقاعه لأسباب لا ترقى إلى درجة الضرورة أو الحاجة الماسة.

ومع ذلك فالإسلام حين جعل الطلاق حقاً للرجل قيَّد ذلك الحق، إذ لا يوجد في الإسلام حق مطلق، ويكون الحق مشروعاً ما دام يحقق مقصد الشارع من تشريعه؛ وعلى نحوٍ لا يضر بغيره، أما إذا لم يتحقق قصد الشارع أو أضر بغيره أصبح التصرف في الحق غير مشروع استناداً إلى قوله ﷺ: **«لا ضرر ولا ضرار»**[1].

والطلاق التعسفي مصطلح مستجد لم يذكره الفقهاء القدامى في مصنفاتهم، لكنهم نصوا على أن الطلاقَ بلا حاجة أو ضرورة مخالفٌ للشرع[2]. وقرروا أن التعسفَ مناقَضَةُ قصد الشارع في تصرفٍ مأذونٍ فيه شرعاً بحسب الأصل[3].

---

(١) رواه ابن ماجه في سننه وهو منقطع، قال ابن عساكر: (وأظن إسحاق لم يدرك جده)، ورواه عبد الرزاق في المصنف وأحمد في المسند والطبراني في المعجم وابن أبي شيبة في المصنف والدارقطني في السنن والحاكم في المستدرك وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، انظر الزيلعي، جمال الدين عبدالله بن يوسف: نصب الراية٦/ ٣٤٣، دار الحديث، والصنعاني، محمد بن إسماعيل: سبل السلام ٢/ ١٢٢، دار الحديث.

(٢) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٣ / ٤٤٦.

(٣) انظر الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٨٤.

يضاف إلى ذلك أنني رجحتُ أن الطلاق في الأصل محظور ويشرع للحاجة التي تُنَزَّلُ منزلة الضرورة الملحة عامةً كانت أو خاصةً، فإذا لم يستطع الزوجان مواصلة الحياة الزوجية على وجه يحقق مقاصد الزواج من النسل والسكن والمودة والإحصان المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (٢١)﴾ [الروم][(١)]، وإذا لم يتحقق القصد من الزواج بإعانة كل واحد منهما الآخَرَ على طاعة الله وتطبيق حدوده، وخافا عدم تطبيق حدود الله يشرع الطلاق[(٢)]، قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (٢٢٩)﴾ [البقرة].

ثانياً: تطبيق المعيار الشخصي على الطلاق التعسفي

يمكن تطبيق المعيار الشخصي على تعسف الرجل في استعماله حق الطلاق من خلال ما يلي:

١- تمحُّضُ قصد الإضرار:

فقد يكون هدف الرجل المُطَلِّق من إيقاع الطلاق قصد الإضرار بالزوجة، وقد يكون الدافع إلى ذلك الطلاق الانتقام والكراهية؛ أو أن يكون طبعه وفكره غير سويين. وفي كل ذلك يكون متعسفاً في إيقاعه.

٢- استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها:

بيان ذلك أن الطلاق في الأصل شرع ليكون حلاً للخلافات الزوجية المستحكمة؛ التي لا يمكن معها استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين وفق الأسس والمعايير والضوابط التي شرع من أجلها الزواج، أي أن الطلاق شرع إذا استحالت الحياة الزوجية.

فاستعمال الحق في إيقاع الطلاق لغير هذا السبب يكون تعسفاً.

---

(١) الكاساني: بدائع الصنائع ٣ / ٣١٧.

(٢) التسولي: البهجة شرح التحفة ١/ ٥٥٠ - ٥٥٢.

ثالثاً: تطبيق المعيار المادي على الطلاق التعسفي

ويمكن كذلك تطبيق المعيار المادي على التعسف في استعمال الحق في إيقاع الطلاق؛ ويكون ذلك من خلال الموازنة بين ما ينتج عن ذلك الفعل من مصالح وما ينتج عنه من مفاسد، فقد يكون لدى الرجل سببٌ لإيقاع الطلاق؛ لكن هذا السبب لا يعتبر مبرراً كافياً، فإذا طلق الرجل زوجته للتخلص من ذلك السبب يكون قد ألحق بها أضراراً ومفاسد كبيرة.

فالزوج في هذه الحالة يكون قد حقق مصلحة؛ ولكن هذه المصلحة لا تتناسب مع مقدار الضرر الذي ألحقه بالزوجة، وبالموازنة بين المصلحة والمفسدة نجد الرجل متعسفاً في استعمال حقه[1].

ويمكن تطبيق هذا المعيار في الذي يطلق زوجته في مرض الموت؛ والذي أطلق الفقهاء عليه طلاق الفارّ، فقد أجمعوا على أنه لا يرثها لو ماتت قبله، أما إذا مات قبلها فقد ذهب الحنفية إلى توريثها ما دامت في العدة [2].

والفقهاء في توريثهم زوجة المطلِّق طلاقَ الفرار إنما عاملوه بنقيض قصده، فعندما طلق زوجته كان يقصد حرمانها من ميراثها، لذلك فقد ورّثوها.

والخلاصة أن تطبيق معايير التعسف على الطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته دون مبرر أو مسوغ شرعي؛ تشير إلى اعتباره مخالفةً لقصد الشارع، والغاية منه إيقاع الضرر بالزوجة، فإذا أوقع الزوج الطلاق على زوجته بهذا الوصف فإن الطلاق في هذه الحالة يكون طلاقاً تعسفيًا، لأن الرجل المطلق تجاوز حقه الممنوح له، حيث إنه طلقها بهذه الطريقة المتجاوزة للأسس والمعايير الشرعية التي أرسى قواعدها وأسسها الإسلام؛ بدقة متناهية بعيدة عن الإجحاف بحق أيٍّ من الزوجين.

(١) انظر الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق ص: ٨٥.

(٢) انظر السرخسي: المبسوط ٦ / ١٥٤ فما بعدها.

الفصل الثالث

الآثار المترتبة على التعسف في استعمال الحق في الطلاق في الفقه والقضاء

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: متعة الطلاق في الفقه والقانون

المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون

المبحث الثالث: الدعوى وشروطها

المبحث الرابع: إجراءات دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في المحاكم الفلسطينية (جزء تطبيقي)

المبحث الأول

متعة الطلاق في الفقه والقانون

المطلب الأول
المتعة في الفقه

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: تعريف المتعة

في اللغة: المتعة بضم الميم؛ وحُكِيَ بكسرها: بمعنى الدوام والسرور. يقال: أمتع بالشيء أي دام له وسُرَّ به، وتأتي بمعنى جاد، يقال: متع الشيء أي جاد. ويقال: أمتعه الله بكذا أي أبقاه لينتفع به.

والمتعة من المتاع وهي مصدر؛ والمتاع: كل ما ينتفع به ويرغب باقتنائه، والمتعة ما يتمتع به من الطعام والأثاث وغيره؛ كذلك تطلق المتعة أيضاً على ضم العمرة إلى الحج.

وكذلك زواج المتعة أي أن يتزوج الرجل امرأة يتمتع بها وقتاً ما؛ ولا يريد ديمومة الزواج واستمراره. ومنها متعة المرأة وهي ما وُصِلَتْ به بعد الطلاق لتنتفع به. ومنها قول الرجل لصاحبه: أبغني متعة أعيش بها أي ابْغِ لي شيئاً آكله أو زاداً أتزوده أو قوتاً أقتاته. والمتاع: المال والأثاث؛ والجمع أمتعة.

ومتّعت الرجل: إذا فعلتُ شيئاً يكون له فيه منفعة، قال الله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَّكُمْ... ﴿٢٩﴾﴾ [النور]؛ أي منفعة[1].

---

(١) ابن منظور: لسان العرب ٨/٣٢٩- ٣٣٣، الرازي: حلية الفقهاء ص ١٦٦. الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن ص ٤٦١، الفيومي: المصباح المنير ص ٢٩٠.

في الاصطلاح: رغم أن الفقهاء أفردوا للمتعة باباً في كتب الفقه؛ إلا أنني لم أجد لها تعريفاً عند الحنفية أو الحنبلية، وعرفها المالكية والشافعية بتعريفات متعددة، منها:

تعريفات المالكية

١- تعريف الخرشي: (هي ما يعطيه الزوج لمطلقته ليجبر بذلك الألم الذي حصل لها بسبب الفراق)(١).

٢- تعريف ابن عرفة: (هي ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها)(٢).

٣- تعريف الدسوقي: (هي ما يعطيه الزوج ولو عبداً لزوجته المطلقة زيادة على الصداق لجبر خاطرها)(٣).

وبالنظر في هذه التعريفات يتَّضح فيها ما يلي:

* لم تحدد التعريفات جنس المتعة أو مقدارها.
* يعلل الخرشي والدسوقي المتعة بجبر خاطر المرأة وتعويضها عما لحقها من وحشة الطلاق.
* يعلل ابن عرفة المتعة بمجرد الطلاق؛ سواء حصل للمطلقة ضرر أم لم يحصل.

تعريفات الشافعية

١- تعريف النووي: (اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقته إياها)(٤).

٢- تعريف الخطيب الشربيني: (مال يجب على الزوج دفعه لامرأته لمفارقةٍ في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط)(٥).

٣- تعريف قليوبي: (مال يجب على الزوج لمفارقةٍ بشروط)(٦).

(١) حاشية الخرشي ٤/ ٥٦٣.
(٢) المواق: التاج والإكليل لمختصر خليل ٥/ ٤١١.
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٣٤١.
(٤) النووي: روضة الطالبين ٦/ ٣٠٣.
(٥) الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٣١٧.
(٦) حاشية قليوبي على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين ٣/ ٢٩٠.

وبالنظر في التعريفات يلاحظ فيها ما يلي:

* أنها توجب المتعة لمجرد الفراق.

* أنها لا تحدد جنس المتعة أو مقدارها.

تعريفات المعاصرين

١- تعريف أبي زهرة: (مال يدفعه الزوج للمرأة عند مغادرة بيت الزوجية لطلاق أو تفريق)[١].

٢- تعريف بدران أبو العينين: (ما يعطيه الزوج لزوجته بعد حصول الفرقة بينهما من الثياب أو ما يقوم مقامها)[٢].

٣- تعريف عبد العزيز عامر: (ما تُوصَلُ به المرأة بعد طلاقها من ثياب ونحوها)[٣].

٤- تعريف محمد محيي الدين عبد الحميد: (اسم للمال الذي يدفعه الزوج لزوجته التي فارقها؛ وسبب إيجابها على الزوج إيحاشه إياها بفرقة لا يد لها فيها)[٤].

وأرى أن تعريف محمد محيي الدين عبد الحميد أدق وأشمل التعريفات:

١- فقوله: «اسم للمال» قول دقيق وموفق؛ حيث أطلق لفظ المال على وجه العموم دون تخصيص، وبذلك تكون المتعة من كل ما يصح أن يسمى مالاً، والمال كما هو معروف كل ما يتموَّل وينتفع به، فيشمل المال المنقول وغير المنقول.

٢- وقوله: «يدفعه الزوج لزوجته التي فارقها» يعني أن الزوج المفارق هو الذي يدفع المتعة ويكلف بها، فلو توفي الزوج فإن الزوجة تستوفي متعتها من تركته إذا كان له تركة.

---

(١) السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية ١/ ٢٢٤.

(٢) بدران، أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ص٢١٢، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٧.

(٣) الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ص ١٨٣.

(٤) المصدر ذاته ص ١٥٠.

٣- وقوله: «سبب إيجابها على الزوج إيحاشه إياها لفرقة لا يد لها فيها» يعني أن سبب المتعة هو الإيحاش وكسر خاطر المرأة؛ فوجبت المتعة جبراً لخاطرها عما لحقها من الأذى، وإذا قيل إنه ليس بالضرورة أن يكون كل طلاق يتبعه إيحاش من جهة المرأة؛ وإن كان هذا القول فيه شيء من الصحة، إلا أنني أقول إنه حين يتم إعطاء الحكم فإنا نأخذ على حال الغالب، والغالب عند النساء الإيحاش والأذى النفسي والمعنوي والمادي بعد الطلاق.

٤- وقوله: «لفرقة لا يد لها فيها» احتراز عن الفرقة من جهة الزوجة، حيث إنه لا متعة للزوجة إذا كان الفراق منها باتفاق العلماء.

الفرع الثاني: مشروعية المتعة

ثبتت مشروعية المتعة بالأدلة التالية:

١- قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (٢٤١)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: قوله تعالى «حقاً» يدل على الوجوب؛ وقوله ﴿...عَلَى الْمُتَّقِينَ (٢٤١)﴾ تأكيد لهذا الوجوب[١]، ثم إن الله - سبحانه وتعالى - جعل المتعة لهن؛ وأضاف الحق إليهن بلام الملك، وما كان للإنسان فهو ملكه وله المطالبة به[٢].

يضاف إلى ذلك أن تقييد الحق بصفة التقوى في قوله تعالى ﴿... حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (٢٤١)﴾ ليس لنفي ما عداه؛ فهذا المفهوم معطل لا يعمل بمقتضاه؛ لكونه قد خرج مخرج التفخيم والتهويل؛ وليس لنفي وجوب المتعة عن غير المتقين؛ بل هي واجبة عليهم وعلى غيرهم، فكل من كان متقياً لله - عز وجل - وجب عليه أن يمتِّعَ زوجته المطلقة[٣].

٢- قوله تعالى: ﴿لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (٢٣٦)﴾ [البقرة].

---

(١) انظر الجصاص: أحكام القرآن ١/ ٥٨٥.

(٢) انظر حاشية الخرشي على مختصر خليل ٥٤/ ٥٦٣.

(٣) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٣١٨.

وجه الدلالة: لا إثم على من طلق زوجته قبل الدخول سواء فرض لها مهراً أو لم يفرض؛ وعليه أن يعطيها شيئاً يكون متاعاً لها[1]، فالآية صريحة في وجوب المتعة[2].

٣- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً ﴿٢٨﴾﴾ [الأحزاب].

سبب نزول الآية: دخل أبو بكر يستأذن على رسول الله ﷺ فوجد الناس جلوساً ببابه لم يؤذن لأحد منهم، قال: فأُذنَ له فدخل، ثم أقبل عمر فاستأذن فأذن له، فوجد النبي ﷺ جالساً حوله نساؤه واجماً ساكناً، فقال لأقولنَّ شيئاً أُضْحكُ النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله لو رأيتَ بنتَ خارجة سألتْني النفقة فقمتُ إليها فوجأْتُ عنقَها، فضحك رسول الله ﷺ وقال: **«هن حولي كما ترى يسألنَني النفقة»**، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأُ عنقَها، فقام عمر إلى حفصة يجأُ عنقَها، كلاهما يقول: تسألْنَ رسول الله ﷺ ما ليس عنده، فقُلْنَ: والله لا نسأل رسول الله ﷺ شيئاً أبداً ليس عنده، ثم اعتزلهن شهراً أو تسعاً وعشرين، ثم نزلت عليه هذه الآية: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ ... حتى بلغ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنكُنَّ أَجْرًا...﴾، قال: فبدأ بعائشة فقال: **«يا عائشة إني أريد أن أعرض عليك أمراً أحبُّ أن لا تعجلي فيه حتى تستشيري أبويك»**، قالت: ما هو يا رسول الله؟ فتلا عليها الآية، قالت: أفيك يا رسول الله استشير أبويَّ! بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة، وأسألك أن لا تخبر امرأة من نسائك بالذي قلت، قال: **«لا تسألني امرأة منهن إلا أخبرتها، إن الله لم يبعثني معنتاً ولا متعنتاً ولكن بعثني معلماً ميسراً»**[3].

وجه الدلالة: أمر الله - سبحانه - رسوله أن يخيِّر نساءه بين الطلاق والمتعة إن أردن زينة الحياة الدنيا، وبين البقاء في عصمته إن أردن الآخرة[4]. فربط المتعة بالطلاق.

---

(١) انظر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٣/ ١٣٢.

(٢) انظر الجصاص: أحكام القرآن ١/ ٥٨٥.

(٣) صحيح مسلم٢/ ١١٠٤-١١٠٥حديث رقم (١٤٧٨) وانظر السيوطي: لباب النقول في أسباب النزول ص٢٦١.

(٤) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٣١٨، الجصاص: أحكام القرآن ٣/ ٥٢٦-٥٢٧.

٤- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً (٤٩)﴾ [الأحزاب].

وجه الدلالة: تسقط العدة عن المطلقة قبل الدخول، وعلى الزوج أن يمتعها سواء فرض لها أو لم يفرض وأن يفارقها بالمعروف بغير إضرار بها أو إنكار لحقوقها(١).

٥- قال أبو أسيد - رضي الله عنه -: خرجنا مع النبي ﷺ فانطلقنا إلى حائط يقال له الشوط؛ حتى انتهينا إلى حائطين فجلسنا بينهما، فقال ﷺ: اجلسوا ههنا، ودخل وقد أُتِيَ بالجونية، فأُنزلت في بيت في نخل في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل ومعها دايتها حاضنة لها، فلما دخل عليها النبي ﷺ قال: «هبي نفسك لي»، قالت: وهل تهب الملكة نفسها للسوقة؟ قال: فأهوى بيده يضع يده عليها لتسكن، فقالت: أعوذ بالله منك، فقال: «**قد عذت بمعاذ، ثم خرج علينا فقال: يا أسيد اكْسُها رازقيَّين وألحِقْها بأهلها**»(٢).

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ كَسَى الجونية التي طلّقها رازقيين؛ وقد أعطاها ذلك متعة لها(٣).

٦- واستدلوا ببعض الآثار، منها:

* قال الزهري: (متعتان؛ إحداهما يقضي بها السلطان والأخرى حق على المتقين؛ من طلق قبل أن يفرض ويدخل فإنه يؤخذ بالمتعة لأنه لا صداق عليه، ومن طلق بعد ما يدخل ويفرض فالمتعة حق عليه)(٤).

* جَبَرَ شريحٌ رجلاً في المطلقة التي لم يفرِض لها زوجها على المتاع(٥).

* قال أبو قلابة: (لكل مطلقة متعة)(٦).

---

(١) الجصاص: أحكام القرآن ٣/ ٥٣٦.

(٢) صحيح البخاري ٣/ ٣٨٧ حديث رقم (٥٢٥٥).

(٣) ابن حجر: فتح الباري ٩/ ٤٤٦.

(٤) عبد الرزاق: المصنف ٧/ ٥٣.

(٥) المصدر ذاته ٧/ ٥٢.

(٦) المصدر ذاته.

* قال شريح لرجل طلَّقَ امرأته: (متِّعْ، لا تأبَ أن تكون من المتقين؛ لا تأبَ أن تكون من المحسنين)[1].

الفرع الثالث: علة المتعة

للفقهاء في المتعة أهي معللة أم غير معللة مذهبان:

المذهب الأول: أنها غير معللة، وهو قول أبي يوسف من الحنفية؛ حيث إنه يرى أن المتعة غير معللة؛ ووجبت ابتداء ولم تجب بطريق البدل.

واستدل لما ذهب إليه بظواهر النصوص القرآنية التي سيقت في المطلب الثالث من هذا المبحث في مشروعية المتعة.

وبناء على ذلك فإن مهر المثل إذا كان مرهوناً بشيء وهلك الرهن؛ فإنه يهلك دون شيء وتبقى المتعة في ذمته، وهذا دليل على أن المتعة لم تجب بدلاً عن المهر وإنما وجبت ابتداء[2].

المذهب الثاني: أنها معللة، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية والحنبلية، إلا أنهم اختلفوا في تحديد العلة:

١- فذهب الحنفية والحنبلية إلى أن المتعة شرعت بطريق البدل؛ وبدل الواجب واجب، فالمتعة عندهم وجبت بدلاً عن مهر المثل، والمهر حكمه الوجوب فكانت المتعة واجبة لأنها بدل عنه، مثل التيمم في حالة عدم وجود الماء فهو بدل عن الوضوء، ولما كان الوضوء واجباً أصبح التيمم واجباً، وعلى ذلك فالرهن بمهر المثل يكون رهناً بالمتعة حتى إذا هلك هلكت المتعة[3].

٢- وذهب المالكية إلى أن المتعة شرعت لتعويض المرأة وجبراً لخاطرها عما لحقها من ضرر وإيحاش نتيجة الطلاق؛ وما أصابها من الألم بسبب الفراق[4].

---

(١) عبد الرازق: المصنف ٧/ ٥٣.
(٢) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٤/ ٥٤٣.
(٣) انظر المصدر ذاته، المبدع شرح المقنع ٦/ ٢٢٤.
(٤) انظر حاشية الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٥٦٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٣٤٢.

٣- وذهب بعض الشافعية منهم الخطيب الشربيني وقليوبي وعميرة إلى أن المتعة شرعت لمجرد الطلاق[١]. وذهب الغالب منهم إلى أن المتعة شرعت للإيحاش والابتذال؛ بمعنى أن المرأة المطلقة لحقها بالطلاق ضرر نفسي أو مادي[٢].

وأرى أن المتعة شرعت جبراً لخاطر المرأة، وإيناساً لها من الوحشة والفراق، وتعويضاً لها عما أصابها من ضرر نفسي وأذى معنوي بسبب الطلاق.

الفرع الرابع: حكم متعة الطلاق

اختلف العلماء في حكم المتعة على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: وجوب المتعة لكل مطلقة سمي لها مهر أم لم يسم، وسواء طلقت قبل الدخول أو بعده، وهو قول الحنبلية في رواية عن الإمام أحمد؛ وابن حزم الظاهري والطبري، وروي عن علي بن أبي طالب؛ وهو قول الحسن وسعيد بن جبير وأبي قلابة والزهري وقتادة والضحاك وأبي ثور[٣].

واستدلوا لما ذهبوا إليه بالأدلة التالية:

١- الآيات الكريمة:

* قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴿٢٤١﴾﴾ [البقرة].

* وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٢٨﴾﴾ [الأحزاب].

* قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾﴾ [البقرة].

---

(١) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/٣١٧. حاشية قليوبي وعميرة ٣/ ٢٩٠.

(٢) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/٣١٧-٣١٨.

(٣) ابن تيمية: المحرر في الفقه ٢/٨١، ابن مفلح: المبدع شرح المقنع ٦/٢٢٤، ابن حزم: المحلى ١٠/٣، ابن قدامة: المغني ٦/٥٠٥

* قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا (٤٩)﴾ [الأحزاب].

وجه الدلالة: جعل الله - عز وجل - المتعة لكل مطلقة، ولم يخص بها مطلقة دون أخرى[١]، سيما وأنه أوجبها على الموسر والمقتر.

٢- الآثار، ومنها:

* كان الحسن وأبو العالية يقولان: لكل مطلقة متاع دخل بها أو لم يدخل، وإن فرض)، وقال الحسن: (لكل مطلقة متاع وللتي طلقها قبل أن يدخل بها ولم يفرض لها)[٢].

* قال سعيد بن جبير في آية ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (٢٤١)﴾ [البقرة]: (لكل مطلقة متاع بالمعروف حقًا على المتقين)[٣].

* قال الزهري: (لكل مطلقة متعة)[٤].

* قال أبو قلابة: (لكل مطلقة متعة)[٥].

تدل هذه الآثار على وجوب المتعة لكل مطلقة، سمي لها مهر أم لم يسم، دخل بها أم لم يدخل، لأن النصوص لم تُفَصِّل[٦]، وترك الاستفصال يُنَزَّلُ منزلة العموم في المقال ويحسن به الاستدلال.

المذهب الثاني: تجب المتعة للمطلقة قبل الدخول وقبل الفرض، وهو قول الحنفية[٧] والمشهور عند الحنبلية[٨]، وإليه ذهب ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن يزيد والشعبي والزهري والنخعي والنووي[٩].

---

(١) انظر ابن حزم: المحلى ١٠/٣-٤، ابن قدامة: الكافي ٣/ ٧٢.

(٢) الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن ٢/ ٤٣٢.

(٣) المصدر ذاته.

(٤) عبد الرزاق: المصنف ٧/ ٥٢. وانظر ابن حزم: المحلى ١٠/٨.

(٥) المصادر ذاتها.

(٦) انظر الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن ٢/ ٥٣٦.

(٧) انظر السرخسي: المبسوط ٦/ ٦٢، الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٢١، حاشية ابن عابدين ٣/ ١٨٠.

(٨) انظر ابن قدامة: المغني ٦/ ٥٠٤- ٥٠٥، ابن مفلح: المبدع شرح المقنع ٦/ ٢٢٤.

(٩) انظر المصادر ذاتها.

واستدل هذا الفريق على صحة ما ذهبوا إليه بالأدلة التالية:

١- قوله تعالى: ﴿لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (٢٣٦)﴾ [البقرة].

يستدل بهذه الآية من وجهين:

الأول: لفظ «ومتعوهن» فعل أمر؛ ومطلق الأمر في الآية يفيد الوجوب[١].

الثاني: لفظة «على» تفيد الإيجاب؛ وليس في ألفاظه كلمة آكد من قولنا حقٌّ عليه؛ لأن الحَقِّيَّةَ تقتضي الثبوت؛ و «على» كلمة إلزام وإثبات، فالجمع بينهما يقتضي التأكيد[٢].

٢- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ ...(٤٩)﴾ [الأحزاب].

وجه الدلالة: أن كلمة «متعوهن» فعل أمر؛ والأمر يفيد الوجوب[٣].

٣- الآثار المروية عن الصحابة، منها:

* قال ابن عباس في قوله تعالى: ﴿... وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (٢٣٦)﴾ [البقرة]: (الرجل يتزوج المرأة ولم يسم لها صداقاً؛ ثم يطلقها من قبل أن ينكحها فأمره الله سبحانه أن يمتعها على قدر عسره ويسره)[٤].

* قال الربيع بن أنس في قوله تعالى: ﴿لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (٢٣٦)﴾ [البقرة]: (هو الرجل يتزوج المرأة ولا يسمي لها صداقاً؛ ثم يطلقها قبل أن يدخل بها، فلها متاع بالمعروف ولا صداق لها)[٥].

---

(١) انظر ابن قدامة: المغني ٦/ ٥٠٤، الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٤٢-٥٤٣.

(٢) الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٤٣.

(٣) انظر ابن مفلح: المبدع شرح المقنع ٦/ ٢٢٤، ابن قدامة: المغني ٦/ ٥٠٤.

(٤) الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن ٢/ ٢٥٥.

(٥) المصدر ذاته.

٣- واستدلوا ببعض الآثار المروية عن التابعين، منها:

* قال عطاء: (إن لم يدخل بها ولم يفرض لها فلها المتعة؛ ولا صداق لها)(١).

* قال شريح: (إنما يجبر على المتعة من طلق فلم يفرِضْ ولم يدخل)(٢).

* قال الشعبي: (إذا طلق الرجل امرأته ولم يفرض لها ولم يدخل بها جُبِرَ أن يمتعها)(٣).

٤- واستدلوا عقلاً بأن المتعة واجبة لأنها بدل الواجب وهو نصف مهر المثل؛ وبدلُ الواجبِ واجبٌ لأنه يقوم مقامه عند عدمه، كالتيمم جُعِلَ بدلاً عن الوضوء؛ والوضوء واجب، فكذلك التيمم واجب، وهذا قول محمد قياساً على الرهن بمهر المثل؛ يكون رهناً بالمتعة عنده حتى إذا هلك تهلك المتعة(٤).

٥- واستدلوا كذلك بأن الطلاق قبل الدخول وقبل التسمية هو طلاق في نكاح يقتضي عوضاً؛ كما لو سمى مهراً، وأداء الواجب من الإحسان فلا تعارض بينهما، أي أن المتعة هي العوض في النكاح، وفي رواية عن الإمام أحمد أن لها نصف مهر مثلها، لأنه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول، فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول(٥).

المذهب الثالث: المتعة مندوبة، وهو قول المالكية؛ ورواية عن الإمام أحمد(٦).

واستدلوا على صحة قولهم بالأدلة التالية:

١- الأصل في الأمر الوجوب، لكنه صرف إلى الندب بقوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ وقوله: ﴿عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾، لأن الواجبات لا تتقيد بهما.

---

(١) عبد الرزاق: المصنف ٧/ ٥١.

(٢) المصدر ذاته ٤/ ١١٢.

(٣) المصدر ذاته ٤/ ١١٤.

(٤) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٤٣.

(٥) انظر ابن قدامة: المغني ٦/ ٥٠٤، ابن مفلح: المبدع شرح المقنع ٦/ ٢٢٤.

(٦) انظر البهوتي: كشاف القناع ٥/ ١٧٦.

٢- المراد من كلمتي ﴿حَقًّا﴾ و ﴿عَلَى﴾: أن كلمة حقاً أي الحق الثابت المقابل للباطل؛ والمندوب ثابت، أما كلمة على فالأمر هنا للندب لتقييده بالمحسنين والمتقين[١].

٣- لو كانت المتعة واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين ولم يخصها بالمتقين والمحسنين[٢].

٤- واستدلوا ببعض الآثار عن القاضي شريح، منها:

* طلق رجل امرأته في مخاصمة إلى شريح فقرأ الآية: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (٢٤١)﴾ [البقرة]. قال: (إن كنت من المتقين فعليك المتعة)؛ ولم يقضِ لها[٣].

* كان شريح يقول في متاع المطلقة: (لا تأبَ أن تكون من المتقين)[٤].

* قال شريح للذي دخل بها: (إن كنتَ من المتقين فمتِّعْ)[٥].

مناقشة الأدلة

اعتُرِضَ على القائلين بندب المتعة لحملهم قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ وقوله تعالى: ﴿...حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ على الاستحباب والندب؛ بأن الله - سبحانه وتعالى - ذكر المتقين والمحسنين تأكيداً لوجوب المتعة وليس نفياً؛ بدليل أن آيات قرآنية وردت في القرآن الكريم مشابهة للآيتين من حيث الدلالة مثل قوله تعالى: ﴿الم (١) ذَلِكَ الْكِتَابُ لا رَيْبَ فِيهِ هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ (٢)﴾ [البقرة]. فالآية الكريمة وإن نصت على أن القرآن هدىً للمتقين؛ إلا أن القرآن الكريم هدى للناس أجمعين، لأن كل واحد يجب عليه أن يتقي الله بترك الإشراك به وتجنب معاصيه[٦]. فذكر

---

(١) حاشية الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٥٦٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٣٤١.

(٢) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٣/ ١٣٢.

(٣) الطبري: جامع البيان عن آي القرآن ٢/ ٥٣٤.

(٤) الطبري: جامع البيان عن آي القرآن ٢/ ٥٣٤.

(٥) المصدر ذاته.

(٦) انظر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٣/ ١٣٢. ابن حزم: المحلى ١٠/ ٤.

المحسنين والمتقين لا ينفي وجوب المتعة على غيرهم؛ لأن التقييد خرج مخرج تهويل الحكم وتفخيم أمره وليس لنفي ما عداه[1].

واعترض ابن حزم على استدلال من أوجب المتعة بالآية الكريمة ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (٢٣٦)﴾ [البقرة] بأنها لا تدل على أنه ليس لغير المطلقة قبل الدخول أو التسمية متعة، يضاف إلى ذلك ورود آيات أخرى تفيد وجوب المتعة لغيرها كقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (٢٤١)﴾ [البقرة]، فهذه الآية عامة في إيجاب المتعة لكل مطلقة، فلا يجوز إسقاط فرض أمر الله - تعالى - به بعد التزامه أو إلزامه بغير حق[2].

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها فأرى وجوب المتعة لكل مطلقة، لما يلي:

١- جمعاً بين آراء الفقهاء، ذلك أن جميع الفقهاء متفقون على وجوب المتعة باستثناء المالكية الذين قالوا بالندب، لكنهم مختلفون في أي المطلقات تجب لها المتعة.

٢- يرى معظم الفقهاء أن العلة من المتعة هي جبر وتسلية المرأة لما لحقها من الإيحاش والابتذال، ولا شك أن المطلقات جميعاً يتساوين في ذلك وإن كان هناك تفاوت في الإيحاش والابتذال بين مطلقة وأخرى.

٣- إن الأخذ بهذا الرأي القائل بوجوب المتعة لكل مطلقة هو من التدابير الشرعية الوقائية التي تحد من الطلاق، وبالأخص في هذه الأيام التي ضَعُفَ فيها الوازع الديني.

٤- إن الرجل حينما يعرف ما يقع عليه من أعباءَ ماديةٍ عند إيقاعه الطلاق سيدفعه إلى إعادة النظر في إيقاع الطلاق.

٥- وأخيراً فإن الأدلة التي ساقها القائلون بوجوب المتعة لكل مطلقة وأوجه الاستدلال بها أيضاً قوية.

---

(١) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٤٣. الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن ٢/ ٥٣٦.

(٢) ابن حزم: المحلى ١٠/٧.

المطلب الثاني
المتعة في قوانين الأحوال الشخصية

١- القانون المصري

المادة (١٨): الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا لسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل؛ وبمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق بسداد هذه المتعة على أقساط.

التعليق والإيضاح

من المتفق عليه شرعاً أن الطلاق حق الزوج، وبما أن القانون لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول؛ لأنها استحقت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة، أما المتعة فهي مستحبة ولا يقضى بها، وبما أن المروءة قد تراخت في هذا الزمان وانعدمت؛ لا سيما بين الأزواج إذا انقطع حبل المودة بينهما، فإن المطلقة أصبحت بحاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق، وفي المتعة ما يحقق المعونة، وفي الوقت نفسه تمنع أكثر الرجال من التسرع بالطلاق.

ولما كان الأصل في تشريع المتعة جبر خاطر المطلقة؛ وكانت مواساتها من المروءة التي تتطلبها الشريعة؛ وكان من أسس تقديرها حال الزوج لقوله تعالى: ﴿...وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾﴾ [البقرة]، ولأن مذهب الشافعية في الجديد أوجبها للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة من قبلها أو بسببها - وهو كذلك قول الإمام أحمد والظاهرية[1] - فقد نصت المادة الثامنة عشرة على حق الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها في الحصول فوق نفقة عدتها على

(١) انظر ابن تيمية: المحرر في الفقه ٢/ ٨١، ابن قدامة: المغني ٦/ ٥٠٥، ابن حزم: المحلى ١٠/ ٣.

متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل مع مراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية وأجاز النص للمطلق سداد المتعة على أقساط[1].

٢- القانون السوري

المادة (٦١): إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة.

المادة (٦٢): المتعة هي كسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها، ويعتبر حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل.

التعليق والإيضاح

أخذ المشرع السوري في موضوع المتعة بما جاء في المذهب الحنفي، فقد جاء في شرح القانون للدكتور السباعي: (المتعة مال يدفعه الرجل للمرأة عند مغادرة بيت الزوجية لطلاق أو تفريق، ولا فرق بين أن يكون المال نقداً أو ثياباً، والمعتبر في تقدير المتعة أن تكون بحسب حال الزوج، وفي كل ذلك يشترط أن لا تزيد على نصف مهر المثل)[2].

٣- القانون الأردني

المادة (٥٥): إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة، والمتعة تعين حسب العرف والعادة وبحسب حال الزوج على أن لا تزيد على نصف مهر المثل.

التعليق والإيضاح

أخذ المشرّع الأردني برأي الحنفية في مقدار المتعة واعتبرها بحال الزوج، وأوجبها في حالة وقوع الطلاق قبل تسمية المهر، وقبل الدخول أو الخلوة الصحيحة[3].

---

(١) انظر السمني: الوجيز في الأحوال الشخصية ص ٥٤٧-٥٤٨.

(٢) السباعي: مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية ١/ ١٩٧، دار الوراق، الرياض- السعودية، دار النيربين دمشق- سوريا، ط٩، ٢٠٠١.

(٣) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٤٢-٥٤٣، السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية ١/ ٢٠٧، سمارة: أحكام وآثار الزوجية ص: ١٩١.

٤- القانون التونسي

لم ينص قانون الأحوال الشخصية التونسي على المتعة ولم يتعرّض لها، لأنه لم يعتبر عقد الزواج صحيحاً إذا خلا من المهر.

الفصل (٣) من مجلة الأحوال الشخصية: لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين ويشترط لصحة الزواج إشهاد شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر للزوجة.

التعليق والإيضاح

قسم المشرّع التونسي في هذه المادة الشروط في عقد الزواج إلى قسمين: شرط انعقاد وشرطي صحة.

فالرضا هو شرط الانعقاد؛ وهو الركن الأساسي في عقد الزواج، وهو الركن النفسي الذي لا تتوفر إرادة الزواج لدى كلا المتعاقدين بدونه.

فإذا توفَّرَ رضا الزوجين انعقد زواجهما، لكن العقد لا يعتبر صحيحاً نافذاً ومنتجاً لآثاره القانونية إلا إذا توفر فيه شرطا صحته وهما الإشهاد على الزواج وتسمية المهر[(١)].

فلم يعتبر المشرع التونسي عقد الزواج الخالي عن تسمية المهر، وإذ لم يعتبره فلم يرتب عليه تبعات مالية أو غيرها.

٥- القانون الكويتي

المادة (٥٥) الفقرة «ب»: إذا لم يسمّ المهر أو كانت التسمية غير صحيحة أو نفي أصلاً؛ وجب مهر المثل.

المادة (٦٤): تجب للمرأة متعة يقدرها القاضي بما لا يزيد على نصف مهر المثل إذا وقعت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة في الحالات المبينة في المادة (٥٥) الفقرة «ب».

---

(١) انظر الشريف: محمد الحبيب، مجلة الأحوال الشخصية ص ١٧- ١٨، دار الميزان للنشر، بدون رقم طبعة، ١٩٩٧.

التعليق والإيضاح

مع أن قانون الأحوال الشخصيــة الكويتي أُخِذَتْ نصوصه من الفقه المالكي؛ إلا أنه خالف المذهب في مسألة المتعة وأخذ فيها برأي الفقه الشافعي والحنبلي.

جاء في المذكرة الإيضاحـية: المتعة هي المال الذي يدفعه الزوج لمطلقـته غير المهر تطيـباً لنفسهـا وتعويضاً عن ألم الفراق، ولا فـرق بين أن يكون المال نقداً أو ثياباً، والمعتبر في تقديرها أن تكون بحـسب حال الزوج يساراً أو إعساراً وهذا قول المالكية والحنفية لقوله تعالى: ﴿...وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (٢٣٦)﴾ [البقرة]، وصرح الشافعية والحنبلية بأن تقديرها يترك إلى القاضي لعدم ورود نص بالتقدير يحتاج إلى الاجـتهاد لاختلافه باختلاف الأحوال، فيجب الـرجوع فيه إليه، وهذا ما أخـذت به اللجنة على ألاّ تزيد المتعة على نصف مهر المثل(١).

٦- مشروع القانون العربي الموحد

المادة (٩٧) الفقـرة أ: تستحق المطلقة المدخـول بها المتعة حـسب يسر المطلق وحال المطلقة

التعليق والإيضاح

لم يحدد النص مقدار المتعة؛ فالقـاضي يفرضها حسب حال المطلقة والزوج يسراً أو عســراً، مستعينـاً بالعرف في بلده، فما لا ضابط له فـي الشرع ولا اللغة فمرده إلى العرف.

وأرى أن الأصوب أن تنص المادة على مـقدار المتعة أسوة بـقوانين الأحوال الشخصية التي فـرضت متعة للمطلقة؛ بتحديد حد أعلـى لها مثل قانون الأحوال الشخصية المصري.

(١) انظر الغندور: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ص ٧٣٧.

٧- مشروع القانون الفلسطيني

المادة (٦٧): إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة تجب المتعة، والمتعة تعين حسب العرف والعادة وحال الزوج على ألا تزيد عن نصف مهر المثل ولا تقل عن نفقة سنة.

التعليق والإيضاح

لم يوجب مشروع القانون الفلسطيني المتعة إلاَّ للمطلقة قبل الدخول والتسمية، آخذاً بحرفية النص القرآني، ولا يحكم بها لأية مطلقة أخرى.

لكن المشروع استدرك فقرر المتعة لكل مطلَّقة في الفقرة الأولى من المادة (١٤٨) المعدَّلة المنظمة لأحكام التعويض عن الطلاق التعسفي: تجب المتعة للمطلقة بعد الدخول، ويقدر القاضي قيمتها مراعياً حال الزوج شريطة ألا تزيد عن نفقة سنة.

المبحث الثاني

التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعويض في الفقه

المطلب الثاني: التعويض في قوانين الأحوال الشخصية

المطلب الأول
التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه

ظهرت فكرة التعويض عن الطلاق التعسفي حديثاً، فهي من المسائل التي استجدت في هذا الزمان، فلم يتناولها العلماء القدامى في مصنفاتهم الفقهية بهذا المسمى. وترجع نشأتها إلى غياب الوازع الديني عن الضمائر، وخلو بعض القلوب والنفوس من تقوى الله - عز وجل - وهي مسألة خلافية بين الفقهاء المعاصرين ناشئة عن اختلافهم على الأصل في الطلاق، أهو الحظر أم الإباحة. فكان اختلافهم على مذهبين:

المذهب الأول: يجب التعويض لمن طلقها زوجها تعسفاً، وهو قول محمد عبده[(١)] وعبد الوهاب خلاف[(٢)] ومصطفى السعيد[(٣)] ومصطفى السباعي[(٤)] ومحمد عقلة[(٥)].

---

(١) انظر رضا: تفسير القرآن الكريم ٢/ ٤٣٠. (٢) انظر خلاف: الأحوال الشخصية ص٤.

(٣) انظر مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ص ٢٥٣، دار الفكر، بيروت، ط٣، ١٩٨٣.

(٤) انظر السباعي: المرأة بين الفقه والقانون ص ١٤٦.

(٥) انظر عقلة: نظام الأسرة في الإسلام ٣/ ٦٢.

وعللوا قولهم بأن في التعويض تخفيف الإيحاش الذي أصاب الزوجة بالطلاق، وجبر بعض الأذى المادي والنفسي والاجتماعي الذي أصابها بسببه.

واستدلوا لصحة قولهم بما يلي:

١- قياس التعويض عن الطلاق التعسفي على طلاق الفارِّ، إذ إن الزوجة تُوَرَّثُ من الزوج لتعسفه في إيقاع الطلاق من حيث الزمان، فالظاهر أن حرمانَها من الميراث هو الباعثُ على الطلاق وهو غير مشروع، والطلاق بدون سبب غير مشروع أيضاً، وحيث إن المريض مرض الموت لما طلق زوجته هروباً من ميراثها عوقب بتوريثها، فكذلك المطلِّق دون سبب أو حاجة عوقب بتعويضها عن الضرر الذي أوقعه بها(١).

٢- الطلاق وإن كان حقًّا للرجل إلا أن استعماله منوطٌ بعدم الإساءة إلى غيره، فإذا أساء الزوج استعمال هذا الحق وجب عليه تعويض زوجته نتيجة هذه الإساءة(٢).

٣- قياس التعويض عن الطلاق التعسفي على المتعة المعطاة للمطلقة بجامع جبر خاطرها ورفع الإيحاش المترتب على طلاقها(٣).

٤- قياس التعويض على الخلع، فالخلع يجيز للزوج أخذ المال المتفق عليه من زوجته مقابل طلاقها تعويضاً له، وللزوجة أن تأخذ التعويض من زوجها بسبب طلاقها(٤).

٥- في التعويض زجر لمن يطلِّق بغير سبب؛ لكونه عبئاً مالياً يكلَّف به عند إيقاعه الطلاق؛ مما يدفعه إلى التفكير مراراً وإعادة النظر قبل إيقاعه(٥).

---

(١) انظر السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية ص٦٠.

(٢) انظر أبو هاشم: متعة الطلاق ص: ١٠٦.

(٣) انظر عقلة: نظام الأسرة في الإسلام ٣/٥٨-٥٩.

(٤) انظر العطار: الأسرة وقانون الأحوال الشخصية المصري رقم ١٠ السنة ١٩٨٥ ص ١٣٨.

(٥) انظر السباعي: المرأة بين الفقه والقانون ص: ١٤٧.

٦- تطبيق مبدأ السياسة الشرعية العادلة؛ والتي تمنع ظلم الزوجة وتعرُّضَها للفقر والحرمان والبؤس؛ بسبب تعسف الرجل وتعنته في استعمال حقه في إيقاع الطلاق[١].

المذهب الثاني: لا يجب التعويض للمطلقة، وهو قول محمد أبو زهرة[٢] وبدران أبو العينين بدران[٣] وعمر الأشقر[٤] وإبراهيم عبد الرحمن إبراهيم[٥] ومحمود السرطاوي[٦] ومحمد سمارة[٧] ومحمد إبراهيم الحفناوي[٨] وصبحي الصالح[٩].

ويعلل أصحاب هذا المذهب رأيهم بأن المسؤولية المدنية تعاقدية مشتقة من العقد نفسه، ولم يؤثر عن الرسول ﷺ أو الصحابة مطالبة المطلق إبداء أسباب الطلاق، فالتعويض عقوبة على أمر جائز وهذا مخالف للقاعدة الفقهية (الجواز ينافي الضمان). يضاف إلى ذلك أن إساءة الزوج استعمال حقه في الطلاق مسئولية دينية لا تدخل تحت سلطان القضاء.

واستدلوا لصحة مذهبهم بما يلي:

١- الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية لا يتقيد في استعماله بالحاجة، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر فقد استعمل حقه الشرعي، ولم تكن منه إساءة تستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق[١٠].

---

(١) انظر عقلة: نظام الأسرة في الإسلام ٣/ ٦٢.

(٢) انظر عامر، عبد العزيز: الأحوال الشخصية ص: ٢٨٥.

(٣) انظر الفقه المقارن للأحوال الشخصية ص: ٣١١-٣١٢.

(٤) انظر الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية.

(٥) انظر الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ص ١٣٣-١٣٤، دار الثقافة، عمان، ط١، ١٩٩٩.

(٦) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية ٢/ ٢٨٦.

(٧) انظر أحكام وآثار الزوجية ص: ٣٣٧.

(٨) انظر الطلاق ص ١٩-٢٠، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، دون طبعة أو تاريخ.

(٩) انظر معالم الشريعة الإسلامية ص ٢٠٨، دار العلم للملايين، ط٤، ١٩٨٣.

(١٠) انظر بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية ص ٣١١.

٢- إيجاب التعويض سيؤدي إلى تقاذف وتبادل التهم وكشف أسرار البيوت، كي يثبت كل واحد من الزوجين أن الإساءة ليست منه، وفي هذه الحالة فإن الضرر الأكبر سيعود على المرأة، هذا بالإضافة إلى نشر العداوة والبغضاء والتدابر بين العائلات[١].

٣- تبرير الطلاق وإبداء أسبابه لم يأت به نص من كتاب أو سنة ولم يقل به أحد من الصحابة، فلم يربط الإسلام إباحة الطلاق أو حظره بوجود سبب معقول، بل أباحه إباحة عامة، والعام يبقى على عمومه، ولا يخصص إلا بنص شرعي، لا بوجهة نظر عقلية[٢].

٤- إن الطلاق وإن كان الأصل فيه الحظر والمنع ولا يباح إيقاعه إلا للحاجة، لكن هذه الحاجة قد تكون نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات، وقد تكون مما يتوجب ستره، بحيث لو عرض أمام القضاء لأدى ذلك إلى التشهير بكرامة الزوجين[٣].

٥- إلزام الزوج تعويض المطلَّقة يعني إلزامه العيش مع زوجة لا تتحقق معه مقاصد الزواج، مما يبعده عن الغاية التي من أجلها شرع[٤].

٦- فرض التعويض على المطلق يفضي إلى منع الطلاق الذي لا ظلم فيه، كما لو أراد الزوج طلاق زوجته لريبة أحاطت بها مؤثراً الستر عليها، وهذا يتنافى مع الحق[٥].

٧- التبعات المالية المترتبة على الطلاق كمؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة لمن تجب لها من المطلقات؛ تعتبر تعويضاً كافياً للزوجة عن الضرر الذي لحقها بسبب الطلاق[٦].

---

(١) انظر أبوزهرة: الأحوال الشخصية ص٢٨٥، إبراهيم: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ص ١٣٤.

(٢) انظر سمارة: أحكام وآثار الزوجية ص ٣٣٧.

(٣) انظر الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق ١/ ١٠٠.

(٤) انظر المصدر ذاته ١/١٠١.

(٥) انظر عقلة: نظام الأسرة في الإسلام ٣/ ٦٢.

(٦) انظر الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق ١/١٠١.

٨- إن الزوجة لما تزوجت كانت تعلم أن الزوج يمكنه في كل لحظة إيقاع الطلاق عليها، فهي تعرف النتائج المترتبة على عقد الزواج، لذا ليس لها أن تتظلم أو تطلب التعويض[١].

٩- الحكم بالتعويض بسبب التعسف في استعمال الطلاق فيه مشغلة لوقت القضاة، كما أنه موضع اجتهاد تختلف فيه الأنظار من مجتهد إلى آخر ومن قاضٍ إلى آخر[٢].

١٠- إن إيجاب التعويض عقوبة، والعقوبة لا تكون إلا على فعل محرم، ولذا فإنه يؤخذ من وجوب التعويض تحريم الطلاق الذي لم تبد له أسباب أمام القضاء، أو كان بدون سبب فعلاً، وهذا ما لم يُرْوَ عن أحد من سلف المسلمين، بل إن كثيراً من حوادث الطلاق التي رويت عن الصحابة ومَن بعدَهم لم يروَ فيها تعليل الطلاق، أو مطالبة المطلق به[٣].

١١- العقوبة المالية لم يشرعها الإسلام مقابل الأمور المعنوية إلا في واقعة منصوص عليها، كبدل المتلفات وأرش الأعضاء ودية القتل الخطأ والتعويض عن الضرر المادي الذي يلحق غيره، فهذه المسائل وردت فيها نصوص، أما العقوبة المالية عن الطلاق - وهو من الأمور المعنوية - فهي من آثار الأنظمة الغربية[٤]، ولم يأت به نص من كتاب الله تعالى ولا من سنة رسوله ﷺ[٥].

مناقشة الأدلة

لم تسلم أدلة الفريقين من الاعتراض، فقد نوقشت أدلة المانعين من التعويض بما يلي:

---

(١) انظر المصدر ذاته ١/ ١٠٠.

(٢) انظر الأشقر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية ص ٢٦٠.

(٣) انظر سمارة: أحكام وآثار الزوجية ص ٣٣٧.

(٤) انظر سمارة: أحكام وآثار الزوجية ص ٣٣٧.

(٥) انظر صالح: التفريق بين الزوجين للضرر في الشريعة الإسلامية ص ٣٢.

١- الاستدلال بأن الطلاق حق مباح للزوج لا يتقيد في استعماله فيُجاب عنه بأن الطلاق ليس حقاً مطلقاً للزوج؛ فقد رجَّح الفقهاء أن الأصل في الطلاق الحظر، فيجب أن يكون مقيداً بمشروعيته؛ أي بالحكمة التي شرع من أجلها، فالشرع حظر الطلاق إذا كان من غير سبب، ولا معنى للحظر إذا كان للزوج أن يطلّق كيفما شاء ومتى شاء(١).

٢- القول بأن الطلاق يؤدي إلى تقاذف التهم بين الزوجين وكشف أسرار البيوت أمام المحاكم، يجاب عنه بأنه ليس على عمومه، فالقضاء يفرق بين الزوجين للعيوب ولعدم الإنفاق ولغيبة الزوج عن زوجته وللضرر الواقع على الزوجة من زوجها، وما يذكر في ذلك من الأسباب هو بلا شك أعظم وأكثر مما يذكر في الطلاق التعسفي(٢).

٣- الاستدلال بأن التعويض عن الطلاق التعسفي ليس فيه نص شرعي لا من كتاب الله ولا سنة رسول الله ﷺ فيعترضُ عليه بأنه ليس بالضرورة أن يكون كل شيء منصوصاً عليه، وإلا ففي ذلك إغلاق لباب الاجتهاد(٣).

٤- قولهم بأن الطلاق قد تكون دوافعه نفسية مما يتوجب ستره يجاب عنه بأنه ليست جميع أسباب الطلاق من الأمور النفسية(٤)، ولماذا تتحمل الزوجة آثار الدوافع النفسية!

٥- القول بأن فرض التعويض فيه إلزامُ الزوج بالعيش مع زوجة لا ينسجم معها؛ فهو وإن كان صحيحاً إلاَّ أن المصلحة والواجب ألاَّ يترك الرجل مطلقته عرضة للفقر والحاجة؛ فإذا أراد الطلاق وكانت الزوجة بحاجة إلى المساعدة لزم أن يعوِّضَها عن الطلاق(٥).

(١) انظر الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق ١/١٠١-١٠٢.
(٢) انظر المصدر ذاته ١/١٠٤.
(٣) انظر أبوهاشم: متعة الطلاق ص ١١٦.
(٤) انظر الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق ١/١٠٤.
(٥) انظر المصدر ذاته ١/١٠٢.

٦- الاستدلال بعلم الزوجة قدرة الزوج على إيقاع الطلاق عليها في أية لحظة، يجاب عنه بأن الذي لا تعلمه أنه يتركها في حال فقر وفاقة، يضاف إلى ذلك أن التعويض الذي يحكم به القاضي نتيجة إساءة استعمال الحق في الطلاق ليس لكل مطلقة؛ وإنما لمن أساء الزوج استعمال حقه فطلقها تعسفاً فقط[١].

٧- القول بأن التبعات المالية المترتبة على الطلاق تعدُّ تعويضاً للزوجة، يجاب عنه بأن مؤخر الصداق هو حقها، والنفقة هي نظير احتباسها لزوجها. ثم إن للقاضي معاقبة من يسيء استعمال حق الطلاق بتعويض المطلقة[٢].

٨- قولهم بأن إيجاب التعويض عقوبة تؤول إلى تحريم الطلاق مع أنه مباح، يجاب عنه بأن إلزام المطلق تعويض المطلقة ليس لأنه طلّق زوجته، بل لأنه أساء استعمال حقه في الطلاق، فالتعويض يحكم به على الزوج الذي تعسف في طلاق زوجته فقط، أما من طلق لأسباب معتبرة فلا تعويض عليه[٣].

٩- قولهم بأن العقوبة المالية لم تشرع في الإسلام على الأمور المعنوية، فيجاب عنها بأن الإسلام رتب المتعة على من يطلق زوجته، وهي المستند الشرعي الذي اتخذه الفقهاء في إيجاب التعويض عن الطلاق التعسفي للمطلقة[٤].

١٠- القول بأن الحكم بالتعويض يشغل وقت القضاة عن عملهم كلام مردود؛ حيث إن أوقات القضاة مخصصة للفصل في فض المنازعات بين الناس، وهذا هو عملهم الذي قُلِّدوا القضاء من أجله[٥].

---

(١) انظر الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق ١/ ١٠٢.

(٢) انظر عقلة: نظام الأسرة في الإسلام ٢/ ٦٠.

(٣) انظر الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق ١/ ١٠٦-١٠٧.

(٤) انظر عقلة: نظام الأسرة في الإسلام ٣/ ٦٠.

(٥) انظر أبو هاشم: متعة الطلاق ص: ١١١-١١٢.

١١- الاستدلال بأن حكم التعويض يُفْضي إلى الامتناع عن الطلاق الذي لا ظلم فيه؛ يجاب عنه بأن التعويض لا يحكم به إلا في الطلاق التعسفي الذي أساء استعمال حقه فيه(١).

أما أدلة القائلين بالتعويض فقد نوقشت بما يلي:

١- قياسهم التعويض على طلاق الفارّ فيجاب عنه بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الميراث واجب وليس التعويض كذلك، يضاف إلى ذلك أن توريث المطلقة في مرض الموت ليس من باب التعويض(٢).

٢- قولهم إن طلاق التعسف فيه إساءة استعمال الحق يجاب عنه بأن الطلاق مشروع وهو حق للزوج، واستعمال الإنسان حقه لا يوجب التعويض وإلاَّ لتعارض هذا مع كونه حقًّا(٢).

٣- قياسهم التعويض على المتعة غير صحيح، فالمتعة مقررة لكل مطلقة غنية أو فقيرة جبراً لوحشتها وتطييباً لخاطرها، وهي من الفضل والإحسان ودوام العشرة، أما التعويض عن الطلاق التعسفي فليس من الفضل والإحسان ودوام العشرة بين الزوجين.

٤- قولهم إن التعويض فيه زجر للأزواج عن الطلاق يجاب عنه بأن الرادع يتحقق بالتربية والتوجيه وغرس العقيدة في النفوس، وإن سلمنا أن التعويض يزجر الأزواج فإنه يزجر الفقير الذي لا مال له؛ أما الغني الذي يملك المال فلا يزجره التعويض(٤).

٥- أما قولهم إن التعويض أخذ بمبدأ السياسة الشرعية فيجاب عنه بأن الزوج إذا طلق زوجته توجَّب عليه دفع مهرها وتوابعه كاملة؛ ويكون بذلك قد وفَّى ما عليه من التزام تجاهها، وكذلك فإن الإسلام لم يترك

(١) انظر الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق ١٠٩/١.
(٢) انظر صالح: التفريق بين الزوجين للضرر، ص: ٣٠.
(٣) انظر أبو هاشم: متعة الطلاق ص ١١٥.
(٤) انظر صالح: التفريق بين الزوجين للضرر ص: ٣٠.

المرأة بلا معيل صغيرة كانت أو كبيرة، بل فرض نفقتها على أقاربها، ثم إنها ربما تزوجت غيره فلا تبقى من غير معيل(١).

٦- قياسهم التعويض على الخلع قياسٌ مع الفارق؛ حيث إن البدل في الخلع هو تعويض للزوج عما أنفقه عليها، أما التعويض للمطلقة فلا مقابل له من جهتها، فالخلع ثمن تحرر الزوجة من عقد النكاح، أما التعويض فهو تقييد للحرية(٢).

والذي أراه وجوب التعويض للمطلقة التي تعسف الزوج في طلاقها لما يلي:

١- صحة الاستدلال لهذا الرأي.

٢- ضعف الوازع الديني وغياب التقوى عن تعاملات الناس، وتقصيرهم في الوفاء بالتزاماتهم.

٣- كثيراً ما يوقع الزوج الطلاق عن غير رغبة منه؛ بل إرضاء لأطراف خارجية أو انتقاماً منها.

المطلب الثاني
التعويض عن الطلاق التعسفي في قوانين الأحوال الشخصية

١- القانون المصري

المادة (١٨): الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها، ولا لسبب من قبلها، تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط.

التعليق والإيضاح

لم يأخذ القانون المصري بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي اكتفاء بالمتعة لكل مطلقة.

---

(١) انظر المصدر ذاته ص ٢٩. أبوهاشم: متعة الطلاق ص ١١١.

(٢) صالح: التفريق بين الزوجين للضرر ص ٣١.

٢- القانون السوري

المادة (١١٧): إذا طلق الرجل زوجته، وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله، ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذ التعويض جملة أو شهريًا بحسب مقتضى الحال.

التعليق والإيضاح

لأن الأصل في الطلاق الحظر، وإن كان حقًّا للرجل يستطيع ممارسته؛ إلا أنه حق مقيد بمشروعيته وحكمة تشريعه وما لأجله شرع.

والمشرع السوري لما وضع هذه المادة لم يسلب الزوج هذا الحق، وإنما قيده بعدم الإضرار؛ واعتبر الزوج متعسفاً إذا توافر شرطان:

١- أن يطلق زوجته بدون سبب معقول.

٢- أن يصيب الزوجة جراء ذلك بؤس وفاقة[١].

فالتعويض (حكم جديد لم يكن معمولاً به قبل صدور القانون، وهو حكم عادل يستند إلى السياسة الشرعية؛ لأن الشريعة تأبى أن تتعرض المرأة للفاقة والحرمان بسبب تعنت

الزوج وظلمه في ذلك الطلاق، ويمكن أن يستند هذا الحكم إلى المتعة التي رغَّب القرآن في إعطائها لكل مطلقة)[٢].

٣- القانون الأردني

المادة (١٣٤): إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول، وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً بشرط ألا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة، ويدفع هذا التعويض جملة أو مقسطاً

---

(١) استانبولي: المرشد في قانون الأحوال الشخصية ١/ ٤٤٣.

(٢) السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية ١/ ٢٤٣-٢٤٤.

حسب مقتضى الحال، ويراعى في ذلك حالة الزوج يسراً وعسراً، ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة.

التعليق والإيضاح

جاء في الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية الأردني أنه أخذ بالتعويض عن الطلاق التعسفي بناء على متعة الطلاق؛ وبما ذكره ابن عابدين: بأن (لولي الأمر أن يأمر بالمباح والمندوب إن كانت فيه مصلحة شرعية فيصير واجباً)[1]، لكن باعتباره شيئاً إضافيًّا على المهر، فهو غير المتعة؛ بل بديل لها.

٤- القانون التونسي

الفصل (٣١): يحكم بالطلاق بتراضي الزوجين، بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل من ضرر، بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق، أو مطالبة الزوجة به، ويقضى لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي. . .، وبالنسبة للمرأة يعوض لها عن الضرر المادي بجراية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة. . . على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن، وهذه الجراية قابلة للمراجعة ارتفاعاً وانخفاضاً بحسب ما يطرأ من متغيرات، وتستمر إلى أن تتوفى المفارقة أو يتغير وضعها الاجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن الجراية، وهذه الجراية تصبح ديناً على التركة في حالة وفاة المفارق، وتصفى عندئذ بالتراضي مع الورثة أو على طريق القضاء بتسديد مبلغها دفعة واحدة يراعى فيها سنها في ذلك التاريخ، كل ذلك ما لم تخير التعويض لها عن الضرر المادي في شكل رأس مال يسدد لها دفعة واحدة.

التعليق والإيضاح

١- تستحق المطلقة المتضررة من الطلاق المبني على إرادة الزوج المنفردة تعويضاً معنوياً ومادياً؛ بما يتناسب والضرر الناتج عن الطلاق، ووقعه

---

(١) السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية ٢/ ٢٨٤-٢٨٥، سمارة: أحكام وآثار الزوجية ص: ٣٣٦-٣٣٧.

على المطلقة، وآثاره على مستوى عيشهـا في محيطها الاجتماعي، وما ألفته من حياة في ظل الرابطة الزوجية، ووقـعه على مشاعرها وحياتها المستقبلية[١].

٢- الجراية التي تعطى للزوجة المطلقة كتـعويض عن طلاق زوجها لها، إما أن تكون بصورة جراية عمرية لمـن ليس لها دخل أو عمل، أو رأسمال لمن كان لها دخل أو عمل.

٣- تنقطع الجراية التي تأخذها المطلقة إذا تغير وضعها الاجتماعي بالزواج أو العمل.

٤- في حالة وفاة المطلق تنقطع هذه الجرايـة؛ ويصبح المتراكم منها ديناً على تركته، ويتم دفعها من التركة من خلال التراضي مع الورثة[٢].

وتعتبر الجراية العـمرية التي لا تنقطع بتغير حال المطلقة كـزواجها أو عملها غير موافقـة لقصد الشارع من الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التـعسفي؛ المستند إلى المبـادئ العامـة في الشريعـة الإسلامـية وقـواعدها الكليـة كقـاعدة (الـضرر يزال)[٣]، وكان الأولى بالمشرع التونسي تحديد مـقدار ومدة هذه الجراية أسوة بباقي قوانين الأحوال الشخصية المشار إليها.

٥- القانون الكويتي

المادة (١٦٥): أ- إذا انحل الزواج الصحـيح بعد الدخول تستـحق الزوجة- سوى نفقـة عدتها- متعـة تقدر بما لا يتجاوز نفقـة سنة حسب حال الزوج، تؤدى إليها على أقسـاط شهرية، إثر انتهاء عدتها ما لم يتـفق الطرفان على غير ذلك في المقدار أو الأداء.

---

(١) الشريف: مجلة الأحوال الشخصية ص ١٠٧.

(٢) المصدر ذاته ٨٠ - ١٠٨.

(٣) انظر السـيوطي: الأشبـاه والنظائر ص١٥، حـيدر، علي: درر الحكام شـرح مـجلة الأحكام ٣٧/١.

ب- يستثنى من حكم الفقرة السابقة:

١ - التطليق لعدم الإنفاق بسبب إعسار الزوج.

٢- التفريق للضرر إذا كان بسبب من الزوجة.

٣- الطلاق برضا الزوجة.

٤- فسخ الزواج بطلب من الزوجة.

٥- وفاة أحد الزوجين.

التعليق والإيضاح

استبدل القانون الكويتي المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي لكل مطلّقة؛ مغلقاً بذلك الباب أمام الاعتراضات والانتقادات على مبدأ التعويض للمطلقة تعسفاً.

٦- مشروع القانون العربي الموحد

المادة (١١٩) الفقرة «ب»: للمطلقة طلب التعويض إذا تعسف المطلق في استعمال حقه في الطلاق، ويقدره القاضي بما لا يزيد على نفقة ثلاث سنين.

التعليق والإيضاح

١ - أخذ مشروع القانون بالتعويض للمطلقة التي طلقها زوجها متعسفاً في استعمال حقه.

٢- جعل المشروع حق التقدير للقاضي.

٣- جعل المشروع أعلى حد لمقدار التعويض هو مبلغ نفقة ثلاث سنين.

٤- أغفل المشروع كيفية الدفع لهذا المبلغ، بحيث لم يذكر هل الدفع جملة واحدة أم يدفع على أقساط.

٧- مشروع القانون الفلسطيني

المادة (١٤٨): ١- للمطلقة طلب التعويض إذا تعسف المطلق في استعمال حقه في الطلاق، ويقدر القاضي قيمة التعويض مراعيا في ذلك حالة الزوج ومقدار الضرر الذي وقع على المطلقة دون أن يؤثر ذلك على حقوق الزوجية الأخرى شريطة ألا يقل هذا التعويض عن نفقة سنة ولا يزيد على نفقة خمس سنوات.

٢- يحكم القاضي بأجرة مسكن أو مأوى لمطلقته ما لم تتزوج إذا كان حجم الضرر الواقع عليها يبرر ذلك.

المادة (١٤٩): يدفع التعويض للمطلقة جملة أو تقسيطاً حسب حال الزوج يسراً أو عسراً.

التعليق والإيضاح

قرر مشروع القانون رفع التعويض عن الطلاق التعسفي؛ حيث إن القانون النافذ حالياً في فلسطين[1] هو قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦٢ لسنة ٧٦؛ وهو يثبت للزوجة المطلقة تعسفاً أن تطالب مطلقها بالتعويض.

فقد حدد مشروع القانون الحد الأدنى للتعويض بنفقة سنة، أما الحد الأعلى فجعله نفقة خمس سنوات، إضافة إلى السكنى إذا استدعى الحال ذلك.

وبهدف تأمين العدالة لكل من المطلِّق والمطلَّقة فقد استدرك مشروع القانون فعدَّلَ الفقرة الثانية من المادة (١٤٨) على الوجه التالي:

يحكم القاضي بأجرة مسكن للمطلقة تعسفاً ما لم تتزوج إذا لم يكن لها مأوى أو معيل وكان حجم الضرر الواقع عليها يبرر ذلك على ألاَّ تزيد المدة عن سنة.

---

(١) بموجب المرسوم الرئاسي رقم ١/ ٩٤.

المبحث الثالث

الدعوى

المطلب الأول
الدعوى في الفقه

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الدعوى

في اللغة: من ادَّعى يـدَّعي ادِّعاء، وهي اسم لما يدعيـه المرء، ومشتـقة من الدعاء وهو الطلب، وجمعها دعـاوَى ودعاوِي بفتح الواو وكسرها، وقد آثر بعض العلماء الفتح لأن الـعرب آثرت التخفيف، وقـال آخرون: الضم أولى، وجزم ابن السرَّاج بأن الفتح والكسر في الدعاوي سواء[1]. والادِّعاء: أن تدعى حقًّا لك أو لغيرك[2].

وتطلق الدعوى في اللغة على معانٍ منها:

* الاستـغاثة[3] كقـوله تعالى: ﴿... وَادْعُوا شُهَدَاءَكُم مِّن دُونِ اللَّهِ ...(٢٣)﴾ [البقرة].

* الدعاء[4]، كقوله تعالى: ﴿دَعْوَاهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلامٌ وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ (١٠)﴾ [يونس].

---

(١) ابن منظور: لسان العرب١٤/٢٥٧- ٢٦١، الجرجاني: التعـريفات ص١٠٩، الفيومي: المصباح المنير ص١٠٣

(٢) الرازي: معجم مقاييس اللغة ١/٤٠٩.

(٣) ابن منظور: لسان العرب ١٤/٢٥٧.

(٤) المصدر ذاته.

* الإخبار، كقول القائل: فلان يدَّعي بكرم فعاله، أي يخبر عن نفسه بذلك[1].

* الطلب والتمني، يقال: فلان في خيرٍ ما ادّعى؛ أي تمنى[2]، كقوله تعالى: ﴿لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ ﴿٥٧﴾﴾ [يس].

* الزعم والإخالة: ادعيتُ الشيء: زعمتُه لي حقاً كان أو باطلاً، كقوله تعالى: ﴿....وَقِيلَ هَذَا الَّذِي كُنتُم بِهِ تَدَّعُونَ ﴿٢٧﴾﴾[3] [الملك].

في الاصطلاح: تعددت تعريفات الفقهاء للدعوى؛ فكان منها ما يلي:

تعريف الحنفية: (قولٌ مقبول يُقْصَدُ به طلبُ حقٍّ قِبَلَ غيرِه أو دفعُه عن حقِّ نفسه)[4].

١- فقوله مقبول: قيْدٌ في التعريف خرج به كل قول لم تتوفر فيه الشروط المطلوبة في الدعوى، كأن تكون بمجهول أو بصيغة الظن، أو المطالبة بالشيء الحقير[5].

٢- يؤخذ على التعريف أنه غير جامع من وجهين:

أ- قيَّدَ الدعوى بطلب الحق للنفس، أو دفع غيره عن حق نفسه، وبهذا خرج من التعريف الدعاوي التي يرفعها الوكيل أو الوصي أو الولي[6].

ب- قيَّد الدعوى بالقول، وبهذا خرج من التعريف الدعاوي المكتوبة، ودعوى من كان عاجزاً عن الكلام كالأخرس[7].

٣- يؤخذ على التعريف أنه غير مانع من وجوه:

أ- يدخل في التعريف دعوى الفضولي، وهو من يطالب بحقٍّ عند الحاكم لغيره دون تمثيلٍ شرعيٍّ له وبدعوى غير صحيحة.

---

(١) ابن منظور: لسان العرب ١٤/٢٦١.

(٢) المصدر ذاته.

(٣) ابن منظور: لسان العرب ١٤/٢٦١.

(٤) حاشية ابن عابدين ٥/٥٤١.

(٥) انظر القرافي: الذخيرة ١١/٦٠٥.

(٦) انظر حاشية ابن عابدين ٥/٥٤١ - ٥٤٢.

(٧) انظر تقريرات الرافعي ٢/٢٢١.

ب- لم يقيد التعريف الطلب حال المنازعة؛ فالطلب حال المسالمة ليست دعوى صحيحة.

جـ- أطلق التعريف الطلب، ولم يشترط كونه في مجلس القضاء، وهذا شرط لا بد منه[1].

تعريف المالكية: (طلب معين أو ما في ذمة معين أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعاً لا تكذبها العادة).

يؤخذ على التعريف أنه غير مانع من وجوه:

أ- عدم تقييد الطلب بكونه في مجلس القضاء، فالدعوى خارج مجلس القضاء تعتبر دعوى لغة لا اصطلاحاً.

ب- عدم تقييد الطلب حال المنازعة، وبهذا تدخل الدعوى حال المسالمة.

ج- دخل في التعريف دعوى الفضولي الذي يطالب بشيء لغيره، فدعواه غير صحيحة[2].

تعريف الشافعية: (إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم)[3].

يؤخذ على التعريف أنه غير مانع من وجوه:

أ- دخل في التعريف الشهادة فهي إخبار عن وجوب حق لغيره على غيره.

ب- لم يقيد الطلب حال المنازعة، فدخلت الدعوى حال المسالمة، وهي ليست دعوى بالمعنى الاصطلاحي.

جـ- دخل في التعريف دعوى الفضولي الذي يطالب بحق لغيره دون أي تمثيل شرعي[4].

تعريف الحنبلية: (إضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو ذمته)[5].

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٥/ ٥٤١ - ٥٤٣. (٢) انظر المصدر ذاته.

(٣) الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٤/ ٦١٣.

(٤) انظر الخطيب الشربيني: ٤/٥٦٨، حاشية ابن عابدين ٥/ ٥٤١ - ٥٤٣.

(٥) ابن قدامة: المغني ٩/ ١٩٨، ابن مفلح: المبدع شرح المقنع ٨/ ٢٤٨.

يؤخذ على التعريف ما يلي:

١- غير جامع: لعدم شموله جميع أنواع القضايا، فقد قيد الإضافة بدعوى العَيْن ودعوى الدَّيْن، وأخرج غيرها من الدعاوي كدعوى النسب ودعوى منع التعرض[١].

٢- غير مانع من وجوه:

أ- قيَّد طلب الحق للنفس، والدعوى لا تقتصر على ذلك؛ فقد تكون بطلب الحق لغيره بطريق الوكالة أو الوصاية أو الولاية.

ب- لم يقيِّد الدعوى في مجلس القضاء، فأدخل بذلك الدعوى بمعناها اللغوي.

جـ- لم يقيِّد الدعوى في حالة المنازعة، فدخلت الدعوى في حالة المسالمة.

د- دخل في التعريف دعوى الفضولي المطالب بحق لغيره دون تمثيل شرعي[٢].

والذي أختاره تعريف محمد نعيم ياسين للدعوى بأنها: (قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله أو حمايته)[٣]، لسلامته من الطعون والاعتراضات، توضيح ذلك فيما يلي:

١- قول مقبول: قيد خرج به كل قول لا تتوفر فيه الشروط المطلوبة للدعوى؛ كأن تكون بمجهول أو بصيغة الظن أو الدعوى التي فيها تناقض أو التي تكذبها عادة أو المطالبة بالشيء التافه[٤].

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين: ٥/ ٥٤١ - ٥٤٢.

(٢) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٤/ ٥٦٨، حاشية ابن عابدين ٥/ ٥٤١- ٥٤٣، ياسين: نظرية الدعوى ص٨٣

(٣) ياسين: نظرية الدعوى ص: ٨٣.

(٤) انظر ابن عاصم: شرح ميارة على تحفة الحكام ١/ ٣١.

٢- أو ما يقوم مقامه: أي ما يقوم مقام القول؛ كأن يكون المدعي أخرساً لا يتكلم فتقوم الإشارة المفهمة مقام القول، أو أن تقدم الدعوى من خلال ورقة كتب عليها الدعوى[١].

٣- في مجلس القضاء: قيد أخرج الدعوى بمعناها اللغوي، فكل ادعاء لا يكون في مجلس القضاء لا يعد دعوى في الاصطلاح الفقهي[٢].

٤- يقصد به إنسان طلب حق له: وهو طلب الإنسان حقاً شخصياً له من خلال الدعوى التي يقدمها أمام القضاء[٣].

٥- أو لمن يمثله: وهو طلب الحق بطريق الوكالة أو الوصاية أو الولاية[٤].

٦- أو حمايته: ويقصد به منع التعرُّض[٥].

الفرع الثاني: شروط صحة الدعوى

إقامة الدعوى هي حق لكل صاحب حق، لأجل ذلك أنشئ القضاء والمحاكم، لكن يشترط لذلك أن تكون الدعوى صحيحة خالية عن التناقض؛ مستجمعة أوصاف الصحة.

وباستعراض التعريف المختار للدعوى تبين أنها تستلزم توفُّرَ الأوصاف التالية:

١- طالب الحق ويسمى المدَّعي.

٢- المطلوب منه الحق ويسمى المدَّعى عليه.

٣- الحق الذي يطلبه المدَّعي من المدَّعى عليه ويسمى المدَّعى به.

---

(١) انظر ياسين: نظرية الدعوى ص ٨٣ - ٨٤.

(٢) انظر حاشية ابن عابدين: ٥/٥٤٢.

(٣) انظر ياسين: نظرية الدعوى ص ٨٣ - ٨٤.

(٤) انظر المصدر ذاته ص ٨٣ - ٨٤.

(٥) انظر حاشية ابن عابدين ٥/٥٤١.

٤- القول الذي يصدر من المدعي أمام القاضي؛ والمتضمن أن الحق المدعى به في ذمة المدعى عليه. ويسمى هذا القول الدعوى[١].

شروط المدَّعي والمدَّعى عليه

١- الأهلية: وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، لذا لا تصح دعوى المجنون والصبي غير المميز ومن كان ناقص الأهلية لسفَه أو غفلة، ففي حالة السفه والغفلة[٢] تقام الدعوى من القائم على شؤونهما كالوليّ أو الوصّي[٣].

والأصل في الإنسان البالغ أنه عاقل راشد، فإذا لا حظ القاضي أن المدعي أو المدعى عليه ليس في حالة طبيعية فعليه التحقق من ذلك بتقرير الطبيب المختص المؤيد بشهادته، فإن ظهر عدم صحة مخاصمته في الدعوى تحقق القاضي إن كان له ولي أو وصي، فإن لم يكن له عيّن عليه وصياً من أجل المخاصمة[٤].

وأهلية المخاصمة حسب ما هو معمول به في المحاكم الشرعية في فلسطين هو البلوغ حقيقة أو حكماً، والبلوغ الحقيقي للذكر بالاحتلام أو الإحبال، وللأنثى بالحيض أو الحبل. أما البلوغ الحكمي فهو بلوغ كل من الذكر والأنثى خمس عشرة سنة حتى ولو لم يكن بالغاً حقيقة[٥]، وإذا أقيمت الدعوى من مراهق فعلى القاضي أن يسأله عن البلوغ فإن أقر به ولم يكذبه ظاهر الحال وصدّقه القاضي اعتبرت خصومته، وبعكس ذلك فإنه يقيمُ وليَّه خصماً عنه في إقامة الدعوى من أجل المخاصمة[٦].

---

(١) انظر الميداني: اللباب شرح الكتاب ٢/ ٢٢٨، العمروس: أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية ص ١٣٩، ياسين: نظرية الدعوى ص ٢٧٣.

(٢) وهو قول الشافعية والحنبلية، وخالف الحنفية والمالكية في ذلك وأجازوا رفع الدعوى من ناقص الأهلية كالصبي المميز الذي لم يبلغ الحلم، أما المدعى عليه فيشترطون رشده. انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٨/ ٤٤١، ابن فرحون: تبصرة الحكام ١/ ١١٤، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٤/ ٦١٥، ابن قدامة: المغني ٩/ ١٩٦.

(٣) انظر المراجع السابقة ذاتها.

(٤) انظر العربي: المبادئ القضائية التي استقر عليها اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية ص ٣٥.

(٥) انظر حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/ ٦٣٢ - ٦٣٣.

(٦) انظر المصدر ذاته ٢/ ٦٣٤.

٢- الصفة: ويقصد بالصفة أن تقام الدعوى من صاحب الشأن فيها، أو وكيله أو وليه أو وصيه أو وارثه أو من قام مقامه بصورة شرعية، وكذلك المدعى عليه أن يكون وصيًا أو وكيلاً أو وليًا، وهو شرط بدهي يتعلق بطرفي الخصومة، بحيث يتعين أن تكون للمدعي صفة في المطالبة بما يدعيه، وأن تكون للمدعى عليه صفة توجيه الدعوى إليه[1]، وقد تكون الصفة في الشخص الاعتباري، فمتولي الوقف أو مأذون القاضي هو الخصم في قضايا الوقف وما له وما عليه[2].

وتشترط الصفة في الحقوق الخاصة، أما حقوق الله تعالى والتي اصطلح على تسميتها بالحق الشرعي العام فلا تشترط فيها الصفة؛ كونها من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر استناداً إلى قوله تعالى: ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ...(١١٠)﴾ [آل عمران]، كأن يسمع شخصٌ رجلاً يطلق زوجته ثلاثاً مرات في ثلاثة مجالس متفرقة ويستمر بمعاشرتها؛ فإن للسامع الصفة في الادعاء عليه بذلك أمام القضاء حسبة لله تعالى[3].

وإذا زالت الصفة عن المدعي أو المدعى عليه أثناء سير الدعوى انقطعت الخصومة[4].

٣- أن يكون المدعى عليه معلوم الهوية، لأن القاضي لا يستطيع الفصل في الخصومة أو الحكم على مجهول[5].

٤- حضور المدعى عليه: فالدعوى لا تصح ولا يكون لها أثر في الحكم إلا أن تكون موجهة إلى من يصلح أن يكون خصماً.

---

(١) انظر ابن فرحون تبصرة الحكام ١/١١٧، العمروسي: أصول المرافعات الشرعية ص: ١٤٨، ياسين: نظرية الدعوى ص ٢٧٨.

(٢) انظر داود: القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ١/٢٧٩.

(٣) انظر الماوردي: الأحكام السلطانية ص ٢٩٩، العمروسي: أصول المرافعات الشرعية ص ٩٤ - ٩٥.

(٤) انظر العمروسي: أصول المرافعات الشرعية ص ١٤٢.

(٥) انظر الطرابلسي: معين الحكام ص ٥٤، حيدر: درر الحكام ٤/١٥٨.

أما الحكم على الغائب فالراجح عند الحنفية عدم القضاء عليه؛ باستثناء الحالات التي تدعو فيها الضرورة إلى إجازة الحكم عليه؛ ويعود تقديرها إلى القاضي[1].

ويرى الجمهور من المالكية[2] والشافعية[3] والحنبلية جواز القضاء على الغائب[4].

والذي عليه العمل في المحاكم الشرعية تبليغ المدعى عليه الأوراق القضائية وتاريخ حضوره مجلس القضاء، فإن لم يحضر أو لم يوكل من ينوب عنه أو لم يبدِ معذرة مقبولة فالمدعي بالخيار؛ إن شاء محاكمته غيابياً وإن شاء الْتمس له المعذرة، وفي هذه الحالة يعاد تبليغه. ويجوز للقاضي أن يقرر محاكمة المدعى عليه غيابياً في دعاوي الحق العام، كدعوى إثبات الطلاق[5].

شروط المدعى به

يشترط في المدعى به ما يلي:

١- المصلحة: فالشارع كفل مصالح الناس وخصّها بالحماية والحفظ، ومكّن صاحب الحق من استرداده ودفع العدوان عنه، والضرورات الخمس أعلى المصالح؛ وهي الدين والعقل والنفس والنسل والمال[6]، فحينما يدعي شخص على آخر حقاً فينظر القاضي فيما لو ثبتت الدعوى بِمَ سيلزم المدعى عليه؟ فإن لم تكن الدعوى ملزمة له بشيء ردَّ دعواه لعدم توفر شرط المصلحة، لأن الدعوى في هذه الحالة عبثٌ لا فائدة

---

(١) انظر السرخسي: المبسوط ١٧/ ٣٩، الكاساني: بدائع الصنائع ٨/ ٤١٢ - ٤١٣، ابن نجيم: البحر الرائق ٧/ ١٩٢، حيدر: درر الحكام ٤/ ١٥٨ - ١٥٩.

(٢) انظر ابن فرحون: تبصرة الحكام١/ ١١٥، عليش: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك٢/ ٣٠٠.

(٣) انظر ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ٢٠٥، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٤/ ٥٤١ - ٥٤٨.

(٤) انظر ابن قدامة: الكافي ٤/ ٢٦٦ - ٢٦٧، ابن مفلح: المبدع ٨/ ٢٠٦ - ٢٠٧.

(٥) الظاهر: التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ص ٦٨ - ٧٨.

(٦) انظر الماوردي: الحاوي الكبير ١٧/ ٢٩٦- ٢٩٧، الشاطبي: الموافقات ٨/ ٤.

منها، كما لو ادعى شخص على آخر بحبة قمح، أو أن يؤجره أو يهبه أو يقرضه كما أقرض غيره، فإن دعواه في هذه الحالة لا تصح، لأنها وعلى فرض ثبوتها لا تُلزم المدعى عليه شيئاً[(١)].

٢- أن يكون معلوماً: أي مميَّزاً في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي، فلا تصح الدعوى بالمجهول لاستحالة إلزام المدعى عليه بشيء حال ثبوتها. ثم إن البيِّنة يجب أن تطابق الدعوى، فإن كان المدعى به مجهولاً لم تصح الشهادة[(٢)].

٣- أن يكون المدعى به مما لا تشهد العادة والعرف بكذبه، فلو ادعى أمراً محال الوجود عقلاً أو عادة لا تصح دعواه، كأن يدعي ملكية جبل من ذهب أو بُنُوَّةَ رجل بعمر والده[(٣)].

شروط الادعاء

يشترط في القول الذي يقصد به طلب الحق أمام القضاء ما يلي:

١- عدم التناقض: والتناقض سَبْقُ كلامٍ من المدعي لا يوافق كلامه اللاحق[(٤)]، والتناقض المانع من سماع الدعوى مرتبطٌ بالقاعدة الفقهية التي تقول: «من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه»[(٥)].

---

(١) انظر حيدر: درر الحكام ٤/١٨٣، ابن فرحون: تبصرة الحكام ١/١٠٩، العمروسي: أصول المحاكمات الشرعية ص ١٤٣-١٤٦.

(٢) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٨/٤١١، ابن فرحون: تبصرة الحكام ١/١٠٩، القرافي: الذخيرة ١١/٤٤٨ - ٤٤٩، الماوردي: الحاوي الكبير ١٧/٢٩٨، الأسيوطي: جواهر العقود ٢/٣٩٦، ابن قدامة: المغني ٩/١٦٩، ابن مفلح: المبدع ٨/ ١٩٥.

(٣) انظر حيدر: درر الحكام ٤/١٨٢، تبصرة الحكام ١/ ١١٠ - ١١١، الأسيوطي: جواهر العقود ١/ ٣٩٥، ابن القيم: الطرق الحكمية ص ٦٦ - ٦٧.

(٤) انظر ابن نجيم: البحر الرائق ٧/ ١٩٢، حيدر: درر الحكام ٤/ ١٥٤.

(٥) المادة (١٠٠) من المجلة، وانظر الزرقا: المدخل الفقهي العام ٢/ ١٠٢١.

والدعوى المتناقضة غير المسموعة هي التي لا يمكن التوفيق فيها بين الكلامين المتناقضين، فإذا رأى القاضي تناقضاً في الدعوى كلَّفَ ذا الشأن رفعَه والتوفيقَ بين الكلامين المتناقضين، فإن فعل ارتفع التناقض[1].

٢- الجزم والوضوح: فلا تسمع الدعوى على الشك والإيهام؛ كقول المدعي: أشك أن مطلوبي قدره كذا، فالتردد في الدعوى وعدم الجزم بها يمنع صحتها[2].

٣- أن يذكر المدعي أن العين المدعاة في يد الخصم وأنه يضع يده عليها بغير وجه حق[3].

٤- أن تكون الدعوى في مجلس القضاء فلا تصح دعوى المدعي خارجه[4].

٥- وجود خصومة حقيقية بين المدعي والمدعى عليه، فإذا كانت الخصومة ظاهرية يقصد بها الاحتيال على حكم بما يدَّعيه المدعي تُرفَض الدعوى[5].

صحة الخصومة

الخصومة في اللغة: من خصم، خاصمه: غلبه بالحجة، والخصم: المُنازع، ويستوي في ذلك المذكر والمؤنث والمفرد والجمع[6]، ومنها قوله تعالى: ﴿وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ ﴿٢١﴾﴾ [ص].

---

(١) انظر داود: القرارات الاستئنائية في أصول المحاكمات الشرعية١/ ٣٧١. ابن فرحون: تبصرة الحكام١/ ١١١.

(٢) انظر ابن نجيم: البحر الرائق ٧/ ١٩٥، الحطاب الرعيني: مواهب الجليل ٤/ ٢٢٢، ابن فرحون: تبصرة الحكام١ / ١١٠.

(٣) انظر حيدر: درر الحكام ٤/ ١٦٧، الميداني: اللباب شرح الكتاب ٢/ ٢٢٩، الماوردي: الحاوي الكبير ١٧/ ٢٩٣.

(٤) ابن نجيم: البحر الرائق ٧/ ١٩٢.

(٥) انظر الظاهر: التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ص ٦٧. حاشية ابن عابدين: ٥/ ٥٤١.

(٦) ابن منظور: لسان العرب ١٢/ ١٨٠، الرازي: مختار الصحاح ص٩١.

والخصومة في الاصطلاح: اسم لكلام يجري بين اثنين أو أكثر على سبيل المنازعة والمشاجرة[1].

يجب أن تتوفر في الدعوى صفة الخصومة الحقيقية، وإلاً فإنها تُرَدُّ. فإذا ادعى أحدٌ شيئاً وكان يترتب على إقرار المدعى عليه به حكمٌ يكون بإنكاره خصماً في الدعوى وإقامة البينة، وإن كان لا يترتب على إقراره حكم إذا أقر لم يكن خصماً في الدعوى بإنكاره.

صور من عدم صحة الخصومة:

١- إذا أقيمت دعوى تصحيح الإرث لعدم ذكر وارث على وارث لا تتأثر حصته الإرثية؛ على فرض وجود من لم يذكر من الورثة أو عدم وجوده، فلا يكون المدعى عليه خصماً في الدعوى، لأنه يشترط عند الحكم إلزام المدعى عليه بشيء حال ثبوت الدعوى، وحيث إن المدعى عليه لا تتأثر حصته على فرض الحكم للمدعي بحصته، فلا خصومة إذن بينهما[2].

٢- إذا قيدت وكالة الوكيل بإقامة الدعوى في محكمة معينة، فأقامها في محكمة أخرى، فعلى المحكمة أن ترد الدعوى لعدم الخصومة لأن الوكالة تقبل التقييد[3].

٣- إذا ادعى الأب في دعوى الضم على أم الصغيرة أن ابنته قد بلغت سن الخامسة عشرة من عمرها؛ فعلى المحكمة أن تتحقق من بلوغ البنت المذكورة أولاً حتى تتحقق خصومتها عن نفسها، وحتى تعرف المحكمة الخصم الحقيقي للمدعي، أهي البنت نفسها أَمْ أُمُّها[4].

٤- عدم ذكر اسم الوكيل ومستند الوكالة؛ كأن تذكر المحكمة أنه وكيل عن المدعية دون أن تذكر اسمه أو تذكر مستند وكالته، فإنها تكون قد سارت في الدعوى دون خصومته[5].

---

(١) حيدر: درر الحكام ٤/١٩٩ - ٢٠٠.

(٢) انظر عمرو: القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ص ١٧٩.

(٣) انظر المصدر ذاته ص ١٦٩.

(٤) انظر المصدر ذاته ١٨٢.

(٥) انظر المصدر ذاته ص: ١٧٧.

المطلب الثاني
إجراءات رفع الدعوى

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: تقديم لائحة الدعوى

الأصل أن تُسمع الدعوى من المدعي شفاهاً، ذلك أن الادعاء يتم بالكلام مكتوباً أو ملفوظاً، وحرصاً على تحرير الدعوى وسلامة الألفاظ من التبديل والتلاعب؛ أوجب القانون كتابة الدعوى وتقديمها بموجب استدعاء[1].

وكل دعوى يجب أن تكون بموجب استدعاء، ولا يجوز أن يقدم في الاستدعاء الواحد أكثر من دعوى واحدة، وإذا حرر المدعي في استدعائه أكثر من دعوى واحدة يكلف باختيار واحدة منها ليكون ذلك الاستدعاء أساساً لها، ويبقى للمدعي الخيار في إقامة الدعوى الأخرى باستدعاءٍ آخر[2].

شروط لائحة الدعوى

نص قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني المعمول به في دولة فلسطين على الشروط الشكلية التالية الواجب توفرها في لائحة الدعوى:

١- أن تكون مكتوبة على ورق أبيض من القطع الكامل.

٢- أن تكون مكتوبة بالحبر وبخط واضح، أو بالآلة الكاتبة.

٣- أن يكتب على وجه واحد من الورقة فقط.

٤- ترك هامش مناسب على يمين الكتابة ويسارها[3].

---

(١) انظر بار: شرح قانون المحاكمات الحقوقية ص ١٥، خوري: أصول المحاكمات الحقوقية ص ٢٤٣ - ٢٤٤.

(٢) انظر المصادر ذاتها، عمرو: القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ص ٤٨.

(٣) انظر الظاهر: التشريعات الخاصة في المحاكم الشرعية، المادة (٣٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ص ٧٥، الناهي: الوجيز في مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات ص ٩١.

يجب أن تحتوي لائحة الدعوى على ما يلي:

١- رقم الدعوى: ويسمى رقم الأساس حيث يقيد الموظف المسئول الدعوى في سجلٍ خاص يسمى سجل الأساس، ويعطيها رقماً حسب النظام المعمول به في المحاكم الشرعية.

٢- اسم المحكمة المقدمة إليها الدعوى، وهذا مهم في معرفة الاختصاص.

٣- اسم المدعي - أو المدعين - وشهرته ومحل إقامته حتى يسهل على المدعى عليه معرفة الشخص الذي يقوم بمخاصمته.

٤- اسم المدعى عليه أو المدعى عليهم وشهرته ومحل إقامته، كي يسهل تبليغه لائحة الدعوى وموعد جلسات المحاكمة.

٥- موضوع الدعوى، كأن تكون طلب نفقة زوجة أو نفقة صغير أو إثبات طلاق أو زواج.

٦- وقائع الدعوى وتشمل:

أ- علاقة المدعي بالمدعى عليه، وهل هي علاقة زوجية أو بنوة أو أبوة.

ب- واقعة الدعوى وهي حيثيات الخلاف.

٧- الطلب ويشمل:

أ- الطلب من القاضي تبليغ المدعى عليه لائحة الدعوى ودعوته إلى المحاكمة.

ب- الطلب من القاضي الحكم للمدعي على المدعى عليه بموضوع الدعوى.

٨- ذكر البيِّنات التي يستند إليها المدعي في دعواه، أو الإشارة إلى ما لديه منها.

٩- تاريخ تقديم لائحة الدعوى باليوم والشهر والسنة.

١٠- توقيع المدعي أو من يقوم بتمثيله.

١١- توقيع القاضي على الاستدعاء بعد تعيين موعد الجلسة وتحويل المعاملة إلى الكاتب(١).

الفرع الثاني: دفع الرسوم

يمكن تعريف الرسوم بأنها مال تفرضه الدولة لقاء خدمة من قبلها؛ كرسم البريد ورسم القضايا وغيرها(٢).

لا يعني تقديم لائحة الدعوى للمحكمة محتوية جميع عناصرها المطلوبة بدء السير في الدعوى والخصومة بين المتداعيين، فالدعوى لا تعتبر ولا يترتب عليها أثر إلا باستيفاء الرسوم المطلوبة، عند ذلك تعتبر الدعوى مقيدة في سجلات المحكمة.

فبعد تقديم لائحة الدعوى يحولها القاضي إلى قلم المحكمة لاستيفاء الرسم القانوني، ومن ثم تعاد إلى القاضي لتعيين جلسة لها.

ولكل نوع من أنواع القضايا رسم خاص، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (١٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية؛ حيث جاء فيها:

(كل ادعاء يستوجب رسماً مستقلاً سواء كان قبل المحاكمة أو أثناءها، ولا يعتبر ما لم يُدفع رسمه مقدماً، ويعتبر مبدأ الدعوى من تاريخ استيفاء الرسم).

شرعية استيفاء الرسوم

الأصل في النظام الإسلامي أن القضاء واجب ديني، فهو من فروض الكفايات على من توفرت فيه شروطه، وهو من جهة أخرى واجب على ولي الأمر لفضِّ المنازعات بين الخصوم وتحقيق العدالة، سواء قام به بنفسه أو ولاّه شخصاً آخر ممن تتوفر فيه الشروط.

---

(١) انظر الظاهر: التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ص ٦٦، القضاة: أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي والتقاضي في الأردن، ص ١٠١ - ١٩٧، الناهي: الوجيز في مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات ص ٩١، باز: شرح قانون المحاكمات الحقوقية، ص ٣٦، خوري: أصول المحاكمات الحقوقية ص ٢٤٥، الزعبي: الدعوى ص ٢٦ - ٢٩.

(٢) أنيس: المعجم الوسيط ١/ ٣٤٥.

فالقضاء قربةٌ إلى الله تعالى لأن القاضي يقضي بين الناس بالحق وهو شرع الله، ويرد الظالم عن ظلمه ويوصل الحق إلى مستحقه، وهو مما يأمر به الإسلام. ولم يَرِدْ أن الدولة كانت تأخذ في صدر الإسلام أو العصور اللاحقة رسماً على الدعاوي[1].

والنظم الحديثة هي التي استحدثت فكرة دفع رسم للدعوى، لكن ليس باعتباره ثمناً للعدل، بل غرامة على المُبْطِل، فإذا كان المدعي غير واثقٍ من سلامة حقه فالرسم رادعٌ له عن اقتحام الدعوى فَيَغْرَمُ نفقاتها، وإذا كان المدعى عليه عالماً بصدق دعوى غريمه وبطلان دفوعه فإنه يعمد إلى استرضائه قبل إقامة الدعوى، وبذلك يخف ازدحام المبطلين على أبواب القضاء، ويسلَمُ وقتُ الحكام من عبث المماطلين[2].

والقضاء اليوم ليس كالسابق، فقد أنشئت له دورٌ خاصة وأجهزة ضخمة وموظفون كثر، ويحتاج أدواتٍ ومصاريفَ كبيرةً ليقوم بمهامه؛ كالسجلات وأجهزة الحاسوب.

فلا مانع شرعاً من فرض ولي الأمر رسماً على الدعاوي المرفوعة إلى القضاء[3]، لكن لا يجوز أن تكون هذه الرسوم عالية وفاحشة لئلا تحول بين الناس وبين حقوقهم وبالأخصِّ الفقراءَ، الذين لا يستطيعون قرعَ أبواب العدل مخافةَ إرهاقِ أنفسهم بالمصاريف والتكاليف باهظة الثمن.

الفرع الثالث: قيد الدعوى

انضباط المعاملات القضائية يكون بتدوينها وصيانة أوراقها من الضياع، ويسجل لفقهائنا - رضي الله عنهم - سَبْقَهم في هذا الأمر فأوجدوا السجلات والوثائق القضائية، وفي عصرنا الحاضر أوجب القانون على المحكمة إعداد سجلات معينة لتسجيل المعاملات وحفظها؛ كسجل الأساس الخاص بتسجيل الدعاوي، حيث يدون فيه رقم الدعوى وتاريخ ورودها واسم المدعي والمدعى عليه وموضوع الدعوى.

---

(١) انظر زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص ١٠٨.

(٢) انظر خوري: أصول المحاكمات الحقوقية ص ٢٥٨.

(٣) انظر المبسوط: ١٦/ ٩٤.

تأخذ كل دعوى رقماً خاصاً لا يتكرر في دعوى أخرى؛ مما يسهل تمييزها عن غيرها حين الرجوع إليها، ويبدأ الترقيم من بداية السنة الشمسية بالرقم (١) مضافاً إلى السنة التي وردت فيها الدعوى، فرقم الدعوى الأولى عام ٢٠٠٤ هو (١/ ٢٠٠٤)؛ وهكذا حتى نهاية العام، ثم يبدأ الترقيم من جديد في العام التالي.

يُثبَّتُ رقم الدعوى على ورقة الاستدعاء، ثم يعد لورقة استدعاء الدعوى ملفاً خاصاً يحفظ فيه ما قدّمه المدعي من مستندات، وإذا كان له وكيل يتم حفظ مستند الوكالة فيه[١].

الآثار المترتبة على قيد الدعوى في سجل المحكمة

١- قطع التقادم: فإذا قيد الاستدعاء في اليوم الأخير من السنة الخامسة عشرة في الدعاوي التي تسقط بمرور هذه المدة كان ذلك كافياً لاعتبار المدعي قد أقام دعواه قبل مرور الزمن القانوني عليها ولو تأخر إبلاغ الخصم بها إلى ما بعد مروره[٢]. مثالُ ذلك المطلقة؛ إذ يحق لها أن تطالب بنفقة عدة لها، إلا أنها إذا تبلّغت الطلاق قبل انقضاء عدتها بشهر على الأقل ولم تطالب بها حتى انقضت عدتها فإنها تسقط، ويعتبر تاريخ مطالبتها من يوم قيد الدعوى في سجلات المحكمة[٣].

٢- أهلية المتداعيين للتقاضي: فإذا رُفعت الدعوى من ناقص الأهلية، ويوم جلسة المحاكمة اكتملت أهليته، فإذا تبين للمحكمة أنه حين أقام الدعوى كان ناقص الأهلية ترد دعواه كونها رفعت ممن لا يملك أهلية المخاصمة.

٣- معرفة ما إذا كان الالتزام مستحق الأداء أم لا: فإذا كان معلقاً على شرط أو أجل لا تسمع الدعوى.

---

(١) انظر باز: شرح قانون المحاكمات الحقوقية ص ٥٠، خوري: أصول المحاكمات الحقوقية ص ٢٦٦، القضاة: أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن ص ١٩٨ - ١٩٩، الزعبي، الدعوى: ٣١. السرخسي: المبسوط ١٦/ ٩٠.

(٢) انظر الزعبي: الدعوى ص ٣٢، خوري: أصول المحاكمات الحقوقية ص ٢٥٦.

(٣) انظر الظاهر: التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ص ١٤٢.

فلو رفعت المطلقة رجعيًا الدعوى مطالبة بمهرها المؤجل قبل انقضاء عدتها لا تسمع دعـواها حتى تنقضي عـدتها، ذلك أنهـا لا تستحق المؤجل من مـهرها إلا بانقضاء عدتها[1].

٤- وضع المحكمة يدها على الدعـوى، فلا يستطيع المدعي بعـدها أن يقيم الدعوى في محكمة أخرى حتى يتم الـفصل في الدعوى من المحكمة الأولى، فقد نصت المادة السابعة من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم ٣١ لسنة ٥٩ على ذلك، فجاء فيها:

(الدعوى التي لأكثر من مـحكمة الصلاحية لرؤيتهـا، إذا أقيمت في إحدى المحاكم امتنع على المحاكم الأخرى النظر فيها).

الفرع الرابع: التبليغ

إذا حضر المدعى عليـه مجلس القضاء مع المدعي نظر الـقاضي في الدعوى لحضور الطرفين، ولـم يحتج إلى دعوته لحصول المقصود، أما إذا لم يحضر المدعى عليه فإن القاضي يدعوه.

والقاعـدة العامة في تبليغ الخـصم أن يدعوه القاضي بأرفق الوجـوه وأجمل الأقوال وبأساليب متعددة منها: أن يرسل القاضي مع المدعي أحد أعوانه ليحضره، أو بكتاب من القاضـي إليه يبلغه فيه الحـضور، فإذا تبلَّغ استـدعاءَ القاضي وجب عليه الحضور أو إرسال وكيلٍ عنه[2]، فإن امتنع المدعى عليه من الحضور ولم يسلِّم الحق المدعى به للمدعي فـالقاضي بالخيار: إن شاء أحـضره جبراً وإن شاء حـاكمه غيابياً[3].

والمواجهة بين الخصـوم تعتبر في القانون من أهم المبادئ المميـزة للخصومة، وطبقاً لـهذا المبدأ لا يجوز الحكم على خـصم دون الاستماع إلى دفـاعه أو دعوته للدفـاع عن نفسـه، لذلك أوجب القـانون تبليغ المدعى عليـه نسـخة من لائحـة

---

(١) انظر عمرو: القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية ص ٣١٨.

(٢) انظر السمناني: روضة القضاة وطريق النجاة ١/ ١٧١.

(٣) انظر ابن باز: شرح أدب القاضي الخصاف ص ٢٠٨، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ٣٤٤.

الدعوى، ويجب توفر فترة زمنية كافية بين تاريخ التبليغ وموعد جلسة المحاكمة حتى لا يفاجأ المدعى عليه بالدعوى، وحتى يراجع حساباته ويتمكن من الدفاع عن نفسه، ولا يجوز للمحكمة السير في الدعوى قبل إتمام التبليغ على الوجه الصحيح، وإذا تمت محاكمة المدعى عليه دون تبليغ صحيح فإن حكم المحكمة في هذه الحالة يعتبر باطلاً[1].

إجراءات التبليغ

من الواجب في التبليغ توفر أركانه الثلاثة:

١- طالب التبليغ: هو الشخص الذي يطلب إيصال ورقة أو أمر إلى شخص آخر، وهو في الغالب الخصم في الدعوى، وقد تقرر المحكمة من تلقاء نفسها دعوة أحد الأشخاص إلى المثول أمامها.

٢- المبلَّغ إليه: هو الشخص الذي دوِّن اسمه وشهرته ومحل إقامته في الوثيقة المراد تبليغه إياها؛ وهو الشخص المقصود إطْلاعه عليها بالذات.

٣- المبلِّغ: هو الشخص الذي يقوم بإيصال ورقة التبليغ إلى المدعى عليه ويسمى المحضر، وهو موظف المحكمة الذي يناط به هذا العمل. وقد تكون ورقة التبليغ مذكرة حضور للمدعي مع نسخة من لائحة الدعوى، وقد تكون مذكرة حضور لشهود أو إعلاماً بحكم أو غير ذلك، وفي جميع الأحوال يجب أن تتوفر في ورقة التبليغ بيانات كافية لحصول العلم عند المبلَّغ؛ ولتكتسب الصفة الرسمية[2].

---

(١) انظر عمرو: أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربية السعودية ص ٤٠٩، الجوخدار: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ص ٤٨٤.

(٢) انظر خوري: أصول المحاكمات الحقوقية ص ٢٧٩ - ٢٨٠.

المبحث الرابع

إجراءات دعوى التعويض في الطلاق التعسفي في المحاكم الشرعية الفلسطينية (جزء تطبيقي)

أولاً: لائحة الدعوى[1]

لائحة دعوى تعويض عن طلاق تعسفي[2]

بسم الله الرحمن الرحيم

لدى محكمة القدس الشرعية الموقرة   دعوى أساس ٥٠/ ٢٠٠٤

المدعية: خولة خليل محمد عبد الله من القدس وسكانها

المدعى عليه: أحمد عبد الله حامد حمدان من القدس وسكانها

موضوع الدعوى: تعويض عن طلاق تعسفي

وقائع الدعوى

١- المدعيـة كانت زوجة ومدخـولة بصحيح العـقد الشرعي للمـدعى عليه أحمد المذكور بموجب وثيقة عقد زواج صـادرة عن محكمة القدس الشرعية بتاريخ ٨/ ٥/ ٢٠٠٠؛ الحاملة للرقـم (٥٤١٨٨) والمنظمة بمعرفـة المأذون الشرعي فـضيلة الشيخ مصطفى الطويل.

٢- طلق المدعى عليه زوجته المدعية طلقـة أولى رجعية بموجب حجة طلاق رجـعي بعـد الدخـول صـادرة عن مـحكمـة القـدس الشـرعـيـة حـاملة للرقم

(١) تقدم هذه اللائحة للقاضي، الذي يـحولها إلى قلم المحكمة لاستيفـاء الرسوم القانونية المطلوبة، وتعاد إلى القاضي لتعين يوم محدد لرؤية الدعوى.

(٢) نموذج هذه اللائحة حسب الأسـس والمعـايير والشروط المعمول بهـا في مناطق السلطة الفلسطينية التي تطبق قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني.

٣١٨/ ١٦١/ ١٧٩ مؤرخة بتاريخ ٣٠/ ٦/ ٢٠٠٢، وقد انقضت عدة المدعية بمرور ثلاثة أشهر بانقضاء ثلاث حيضات، وقد آل هذا الطلاق الرجعي إلى طلاق بائن بينونة صغرى بتاريخ ١/ ٩/ ٢٠٠٢.

٣- إن الطلاق الذي أوقعه المدعى عليه على زوجته المدعية هو طلاق تعسفي وبدون سبب أو مسوغ شرعي أو قانوني.

٤- تستحق المدعية التعويض نتيجة للطلاق التعسفي المذكور.

٥- طالبت المدعية مطلقها المدعى عليه بدفع تعويض لها عن طلاقها التعسفي المذكور، إلا أن المدعى عليه رفض وامتنع عن دفع التعويض دون وجه حق أو مسوغ شرعي أو قانوني.

٦- لمحكمتكم الموقرة صلاحية الاختصاص بالنظر والفصل في هذه الدعوى.

٧- البينات تحصر وتقدم خلال المحاكمة.

الطلب

تلتمس المدعية من محكمتكم الموقرة:

١- تبليغ المدعى عليه نسخته من لائحة الدعوى.

٢- تعيين موعد ودعوة المدعى عليه للمحاكمة.

٣- غبَّ الثبوت الحكمَ للمدعية بتعويض عن طلاقها التعسفي.

٤- تضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

تحريراً في ١٥/ ٢/ ٢٠٠٤.

القلم/ للقيد والمقتضى واستيفاء الرسوم

حسب الأصول تحريراً في ١٥/ ٢/ ٢٠٠٤

توقيع القاضي

ثانياً: مذكرة التبليغ

ورقة دعوة[1]

السلطة الوطنية الفلسطينية دعوى أساس ٥٠/ ٢٠٠٤

ديوان قاضي القضاة/ المحاكم الشرعية

محكمة القدس الشرعية

اسم المدعي خولة خليل محمد عبد الله من القدس وسكانها.

اسم المدعى عليه أحمد عبد الله حامد حمدان من القدس وسكانها.

يقتضى حضورك إلى محكمة شرعية القدس يوم الخميس الواقع في ١٥/ ٣/ ٢٠٠٤ الساعة ٩ قبل الظهر للنظر في الدعوى أساس ٥٠/ ٢٠٠٤؛ المقامة عليك من قبل المدعية، فإذا لم تحضر أو ترسل وكيلاً تُرَى الدعوى بحقك غيابياً.

في ١٦/ ٣/ ٢٠٠٤.

توقيع الشاهد توقيع الشاهد توقيع المبلغ إليه

انتقلت أنا محضر المحكمة إلى مكان

المدعى عليه أحمد عبد الله حامد

حمدان وقمت بتبليغه بالذات أمام الشهود.

تحريراً في ١٧/ ٢/ ٢٠٠٤[2].

توقيع المحضر

---

(١) تعد نسختان من نموذج ورقة الدعوة التي ترسل إلى المدعى عليه: نسخة تسلم للمدعى عليه، والأخرى تعاد لتضم إلى ملف الدعوى.

(٢) إذا لم يجد المحضر المدعى عليه بالذات يبلغ أحد أفراد أسرته بشرط أن يكون مكلفاً شرعاً ويزيد عمره على ثماني عشرة سنة، وإذا لم يجد أحداً يعلق نسخة من لائحة الدعوى في مكان بارز وفق قانون أصول المحاكمات الشرعية.

ثالثاً: إجراءات دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي بمواجهة المدعى عليه

بسم الله الرحمن الرحيم

في اليوم المعين وفي المجلس الشرعي المعقود لدي أنا تيسير رجب التميمي قاضي القدس الشرعي حضرت لدي المرأة المكلفة شرعاً والمعروفة لدينا ذاتاً بهويتها الشخصية خولة خليل محمد عبد الله من القدس وسكانها، وحضر بحضورها الرجل المكلف شرعاً والمعروف لدينا ذاتاً بهويته الشخصية أحمد عبد الله حامد حمدان من القدس وسكانها.

بوشرت الإجراءات الوجاهية علناً؛ فتليت لائحة الدعوى من قبل المدعية وصدقتها وقررتها وكررتها وطلبت الحكم بمضمونها وسؤال المدعى عليه عنها.

وبسؤاله قال: إنني أصادق المدعية خولة المذكورة على ما ورد في البند الأول من لائحة الدعوى، حيث إن المدعية هي زوجتي ومدخولتي بصحيح العقد الشرعي بموجب وثيقة الزواج الصادرة عن محكمة القدس الشرعية بتاريخ ٨/ ٥/ ٢٠٠٠ والتي تحمل الرقم (٥٤١٨٨) والمنظمة بمعرفة المأذون الشرعي التابع لمحكمة القدس الشرعية فضيلة الشيخ مصطفى الطويل، وأنكر باقي الدعوى.

المحكمة: حيث أنكر المدعى عليه أحمد المذكور باقي دعوى المدعية خولة المذكورة؛ فإنها تكلِّفُ المدعيةَ إثباتَ دعواها.

قالت المدعية خولة: إنني أثبت دعواي بالبينة الخطية وهي عبارة عن حجة طلاق صادرة عن محكمة القدس الشرعية وأبرزها للمحكمة[1]، وأبرزتها من يدها.

المحكمة: من تلاوة هذا المبرز فإنه وجد يتضمن حجة طلاق رجعي بعد الدخول: في اليوم المعين وفي المجلس الشرعي المعقود لدي أنا تيسير رجب التميمي قاضي القدس الشرعي حضر لدي الرجل المكلف شرعاً والمعروف ذاتاً أحمد عبد الله حامد حمدان من القدس وسكانها، وبعد التعريف عليه من قبل

---

(١) يقسم ملف الدعوى إلى قسمين، توضع اللائحة المقدمة من المدعي وجميع إجراءات المحاكمة على الصفحة اليمنى منه. وتوضع جميع المبرزات والوثائق والمستندات على الصفحة اليسرى.

الرجلين المكلفين شرعاً الثقتين لدينا سالم علي أحمد الحسيني وحسن محمود خليل الخالدي كلاهما من القدس وسكانها، قال وهو في الحالة المعتبرة منه شرعاً غير مكره ولا مجبر ولا سكران ولا مدهوش: زوجتي ومدخولتي بصحيح العقد الشرعي خولة خليل محمد عبد الله طالق من عصمتي وعقد نكاحي طلقة أولى رجعية... إلخ ما جاء في الحجة المذكورة، المؤرخة بتاريخ ٣٠/٦/٢٠٠٢ حاملة للرقم ٣١٨/١٦١/١٧٩. بعد تلاوتها والاطّلاع عليها حفظت عنها صورة طبق الأصل، وهنا قال المدعى عليه إنني أقر بما جاء في الوثيقة المذكورة حيث إنني طلقت زوجتي خولة المذكورة طلقة أولى رجعية كما ورد في الحجة المبرزة أمام هذه المحكمة، وإنني لم أرجع زوجتي خولة المذكورة إلى عصمتي وعقد نكاحي مما جعل الطلاق يؤول إلى طلقة أولى بائنة بينونة صغرى، وإنني على استعداد لدفع التعويض لمطلقتي خولة، وأطلب من المحكمة إمهالي لإنهاء هذه الدعوى صلحاً مع مطلقتي خولة.

المحكمة: حيث الأمر كما ذكر المدعى عليه؛ فإن المحكمة تقرر إجابة طلب المدعى عليه ليقوم بإنهاء هذه الدعوى صلحاً مع مطلقته خولة المدعية، وتقرر تأجيل الدعوى ليوم الخميس ١٦/ ٣/ ٢٠٠٤.

أفهم للطرفين المتداعيين علناً حسب الأصول. تحريراً في ١٦/ ٢/ ٢٠٠٤.

توقيع المدعى عليه   توقيع المدعية   توقيع الكاتب   توقيع القاضي

في اليوم المعين حضر الطرفان المتداعيان، وبسؤال المدعى عليه عما استمهل من أجله قال: إنني على استعداد لدفع تعويض للمدعية عن طلاقي التعسفي الواقع عليها، ولقد تصالحت مع المدعية خولة المذكورة على مقدار التعويض وإنني أفرض من نفسي على نفسي مبلغاً وقدره سبعمائة دينار أردني تعويضاً للمدعية خولة المذكورة عن طلاقي لها، على أن تُدْفَعَ على عشرة أقساط كل قسط مبلغ وقدره سبعون ديناراً أردنيًّا شهريًّا، على أن يتم دفع القسط الأول بتاريخ ١٠/ ٤/ ٢٠٠٤ وباقي الأقساط يتم دفعها في اليوم العاشر من كل شهر، وأطلب سؤال المدعية خولة عن ذلك، وبسؤال المدعية خولة عن ذلك من قبل المحكمة قالت: إنني أوافق على ما فرضه المدعى عليه من نفسه على نفسه من حيث مقدار التعويض والتقسيط الذي ذكره المدعى عليه.

وعليه وحيث لـم يبقَ ما يقال في هذه الدعوى، فإنني أقرر سؤال الطرفين المتداعيين عن كلامهما الأخير، فطلبا إجراء الإيجاب الشرعي. وعليه ولتوفر أسباب الحكم قررت ختام المحاكمة وأصدرت القرار التالي باسم الله تعالى[1].

أفهم علناً للطرفين المتداعيين حسب الأصول تحريراً في ١٦/ ٣/ ٢٠٠٤.

توقيع المدعى عليه　　توقيع المدعية　　توقيع الكاتب　　توقيع القاضي

رابعاً: القرار

بناء على الدعوى والطلب والإقرار والتراضي، وتوفيقاً للإيجاب الشرعي وسنداً للمواد ٧٩ و ١٨١٧ من مجلة الأحكام العدلية والمادة ١٣٤ من قانون الأحوال الشخصية، فقد حكمتُ للمدعية خولة المذكورة بمبلغ سبعمائة دينار أردني على مطلقها المدعى عليه أحمد المذكور، تعويضاً لها عن طلاقها التعسفي الواقع عليها من قبل المدعى عليه أحمد المذكور، ويتم دفعه على عشرة أقساط متساوية بواقع سبعين ديناراً أردنياً شهرياً لكل قسط على أن يبدأ القسط الأول بتاريخ ١٠/ ٤/ ٢٠٠٤ وباقي الأقساط في اليوم العاشر من كل شهر، وأمَرتُه دفع ذلك للمدعية خولة المذكورة، وضمّنتُه الرسوم والمصاريف القانونية وأتعاب محاماة عشرة دنانير أردنية حكماً وجاهيًّا قابلاً للاستئناف.

أفهم علناً. تحريراً في ٢٠ شعبان ١٤٢١ هجري وفق ١٦/ ٣/ ٢٠٠٤.

توقيع الكاتب　　　　توقيع القاضي

(١) كانت القرارات قبل دخول السلطة الوطنية الفلسطينية تصدر باسم جلالة الملك الحسين ملك المملكة الأردنية الهاشمية، ولما تسلمت السلطة جهاز المحاكم الشرعية وبناء على المرسوم الرئاسي تصدر القرارات باسم الله تعالى.

خامساً: إجراءات دعوى تعويض عن طلاق تعسفي بغياب المدعى عليه

بسم الله الرحمن الرحيم

في اليوم المعين وفي المجلس الشرعي المنعقد لدي أنا تيسير رجب التميمي قاضي القدس الشرعي حضرت لدي المرأة المكلفة شرعاً والمعروفة لدينا ذاتاً بهويتها الشخصية خولة خليل محمد عبد الله من القدس وسكانها، ونودي على المدعى عليه أحمد عبد الله حامد حمدان من القدس وسكانها فلم يحضر ولم يوكل ولم يعتذر؛ مع أنه تبلغ موعد الجلسة بالذات قالت المدعية خولة: أطلب من المحكمة محاكمة المدعى عليه أحمد المذكور غيابياً. فتليت لائحة الدعوى من المدعية خولة فصدقتها وقررتها وكررتها وطلبت الحكم بمضمونها.

المحكمة تكلف المدعية إثبات دعواها.

فقالت المدعية: إنني أثبت دعواي بالبينة الخطية؛ وهي وثيقة عقد زواجي الصادرة عن محكمة القدس الشرعية وحجة طلاق رجعي بعد الدخول. أما وثيقة عقد زواجي فهي صادرة عن محكمة القدس الشرعية وإنني أبرزها للمحكمة؛ وأبرزتها في يدها، ومن تلاوتها وجدت تتضمن وثيقة عقد زواج صادرة عن محكمة القدس الشرعية بتاريخ ٨/ ٥/ ٢٠٠٠ حاملة للرقم (٥٤١٨٨) اسم الزوج أحمد عبد الله حامد حمدان اسم الزوجة خولة خليل محمد عبد الله كلاهما من القدس وسكانها، المهر المعجل ليرة ذهبية واحدة مقبوضة، المهر المؤجل ثلاثة آلاف دينار أردني، التوابع مصاغ ذهبي عيار (٢١) وزنه ثلاثمائة غرام؛ وغرفة نوم وتوابعها بقيمة ثلاثة آلاف دينار أردني، إلى آخر ما جاء فيها، منظمة بمعرفة المأذون الشرعي فضيلة الشيخ مصطفى الطويل بعد تلاوتها والاطلاع عليها تبين أنها خالية عن شائبتي التصنيع والتزوير، فحفظت صورة طبق الأصل عنها بين أوراق هذه الدعوى. وأبرزتها من يدها ومن تلاوتها وجدت تتضمن ما يلي: حجة طلاق رجعي بعد الدخول، في اليوم المعين وفي المجلس الشرعي المعقود لدي أنا تيسير رجب التميمي قاضي القدس الشرعي حضر لدي الرجل المكلف شرعاً والمعروف ذاتاً أحمد عبد الله حامد حمدان من القدس وسكانها، وبعد التعريف عنه من قبل الرجلين المكلفين شرعاً الثقتين لدينا سالم علي أحمد الحسيني وحسن محمود

خليل الخالدي كلاهما من القدس وسكانها، قال وهو في الحالة المعتبرة منه شرعاً غير مكره ولا مجبر ولا سكران ولا مدهوش: زوجتي ومدخولتي بصحيح العقد الشرعي خولة خليل محمد عبد الله طالق من عصمتي وعقد نكاحي طلقة أولى رجعية، إلى آخر ما جاء فيها مؤرخة بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٣٠، حاملة للرقم (٣١٨، ١٦١، ١٧٩)، بعد تلاوتها والاطلاع عليها حفظت عنها صورة طبق الأصل بين أوراق هذه الدعوى.

قالت المدعية خولة: لقد أثبتُّ دعواي بالبينة الخطية، لذا ألتمس من المحكمة الموقرة الحكم لي بتعويض بدل طلاق تعسفي على مطلقي المدعى عليه.

المحكمة: حيث إن الأمر كما ذكرت المدعية؛ وأثبتت دعواها بالبينة الخطية فإن المحكمة تقرر تحليف المدعية اليمين الشرعية على أن عدتها الشرعية قد انقضت وآلت إلى طلاق بائن بينونة صغرى.

قالت المدعية خولة: إنني على استعداد لحلف اليمين الشرعية التي تطلب مني[1].

المحكمة: من أجل تصوير اليمين الشرعية التي قررت تحليفها للمدعية خولة فإن المحكمة تقرر تأجيل الدعوى إلى يوم الأربعاء ١٥/٣/ ٢٠٠٤.

أفهم علناً حسب الأصول. تحريراً في ١٦/ ٢/ ٢٠٠٤.

توقيع المدعية　　　　توقيع الكاتب　　　　توقيع القاضي

في اليوم المعين حضرت المدعية ونودي على المدعى عليه فلم يحضر كالسابق، وحيث إن المحكمة قررت في جلستها السابقة تحليف المدعية اليمين الشرعية على انقضاء عدتها، وحيث إن المحكمة صورت اليمين الشرعية فإنها تسأل المدعية خولة المذكورة عن استعدادها لحلف اليمين. فأبدت استعدادها وحلفتها

(١) جاء في القرار الاستئنافي رقم (٢١-٢٥ تاريخ ١١/ ١٠/ ١٩٨٣) إذا تغيب المدعى عليه يعتبر منكراً لما ادعته مطلقته رجعياً انقضاء عدتها وصيرورة طلاقه لها بائناً تستحق معه العوض الذي طلبته، وعلى المحكمة الابتدائية لذلك تحليفها اليمين الشرعية على مدعاها انقضاء عدتها إذ القول في ذلك قولها بعينها. انظر داود: القرارت الاستئنافية في الأحوال الشخصية١/ ٢١٤.

قائلة[1]: (والله العظيم إنني كنت زوجة مدخولة بصحيح العقد للمدعى عليه أحمد عبد الله حامد حمدان من القدس وسكانها وبموجب وثيقة عقد زواج صادرة عن محكمة القدس الشرعية بتاريخ ٨/ ٥/ ٢٠٠٠ والحاملة للرقم (٥٤١٨٨) والمنظمة بمعرفة المأذون فضيلة الشيخ مصطفى الطويل، وإن زوجي المدعى عليه أحمد المذكور قد أوقع علي طلقة أولى رجعية بموجب حجة طلاق رجعي بعد الدخول صادرة عن محكمة القدس الشرعية حاملة للرقم ٣١٨، ١٦١، ١٧٩ مؤرخة بتاريخ ٣٠/٦/٢٠٠٢، وانقضت عدتي بمرور ثلاثة أشهر بانقضاء ثلاث حيضات، وإن الطلاق آل إلى بائن بينونة صغرى بتاريخ ١/ ٩/ ٢٠٠٢ والله على ما أقول شهيد).

توقيع الحالفة

المحكمة: حيث حلفت المدعية خولة المذكورة اليمين الشرعية التي صورتها لها المحكمة، وأثبتت دعواها بالبينة الخطية المبرزة وهي وثيقة زواجها الصادرة عن شرعية القدس، وحجة طلاقها الرجعي الذي آل إلى طلاق بائن فإن المحكمة تقرر استحقاقها التعويض، وتسأل المحكمة المدعية خولة إن كان قد حكم لها بنفقة على المدعى عليه، فقالت: لم يحكم لي عليه بنفقة لأنني لم أرفع دعوى عليه بهذا الخصوص أمام القضاء[2].

وعليه فإن المحكمة تقرر انتخاب خبراء من قبلها لتقدير قيمة التعويض الذي تستحقه المدعية خولة على المدعى عليه نظراً لغيابه، وقد انتخبت المحكمة كلاً من الثقات الأمناء العدول السالمين عن الغرض الخالين عن الشهوة العارفين بأحوال المتداعيَيْن عسراً ويسراً وخصوصاً المدعى عليه؛ وأنهم يعرفون الطرفين المتداعيين من غير عداوة ظاهرة ولا قرابة مانعة؛ وهم: أحمد سليم رشيد الخالدي وخالد محمد أحمد الحسيني وسلمان ياسر أحمد النشاشيبي، وقد تم تفهيمهم معنى الإخبار الشرعي الذي تم انتخابهم من أجله.

---

(١) من باب التغليظ في حلف اليمين يطلب من الحالف وضع يده على كتاب الله تعالى.

(٢) إذا حكم للمدعية بنفقة على المدعى عليه فإن النفقة تعتبر أساساً في تقدير التعويض، وذلك سنداً للمادة (١٣٤) من قانون الأحوال الشخصية، وقرار استئناف رقم (٢٤٠٣٥ تاريخ ١٠/ ٩/ ١٩٨٣) انظر داود: القرارت الاستئنافية في الأحوال الشخصية ١/ ٢١٤.

ولدى الاستخبار الشرعي منهم؛ أخبروا أن النفقةَ الواجبةَ للمدعية خولة خليل محمد عبد الله على المدعى عليه أحمد عبد الله حامد حمدان مبلغٌ قدره سبعون ديناراً أردنياً شهرياً؛ نفقة لها لسائر لوازمها الشرعية حسب حال المدعى عليه وأمثاله وقدرته واستطاعته؛ وأن المدعى عليه قادر على دفع هذه النفقة بعد الإنفاق على نفسه ومن يعيل؛ وأن المدعى عليه قادر على دفع تعويض للمدعية مبلغٍ وقدره سبعمائة دينار أردني مقسطة على عشرة أقساط، كل قسط يدفع في اليوم الخامس من كل شهر على أن يتم دفع القسط الأول بتاريخ ٥/ ٤/ ٢٠٠٤، وهكذا نخبر لله تعالى.

توقيع الخبير		توقيع الخبير		توقيع الخبير

المحكمة: وحيث أخبر الخبراء بما ذكروا فإن المحكمة تسأل المدعية عن إخبار الخبراء، فقالت: أوافق على ما أخبروا به، وعليه وحيث لم يبق ما يقال في هذه الدعوى أقرر سؤال المدعية خولة المذكورة عن كلامها الأخير، فطلبت إجراء الإيجاب الشرعي. ولتوفر أسباب الحكم فقد أعلنتُ ختام المحاكمة وأصدرتُ القرار التالي باسم الله تعالى.

أفهم علناً حسب الأصول. تحريراً في ١٥/ ٣/ ٢٠٠٤.

توقيع المدعية		توقيع الكاتب		توقيع القاضي

سادساً: القرار

بناء على الدعوى والطلب والبينة الخطية المبرزة واليمين الشرعية والإخبار وتوفيقاً للإيجاب الشرعي، وسنداً للمواد ١٨١٨ و ١٨١٩ من مجلة الأحكام العدلية والمواد ٧٥ و ٨٤ من قانون أصول المحاكمات الشرعية، والمادة ١٣٤ من قانون الأحوال الشخصية فقد حكمتُ للمدعية خولة المذكورة بمبلغ سبعمائة دينار أردني على مطلقها المدعى عليه أحمد المذكور تعويضاً لها عن طلاقه التعسفي لها مقسطة على عشرة أقساط يبدأ القسط الأول بتاريخ ٥/ ٤/ ٢٠٠٤ وباقي الأقساط في اليوم الخامس من كل شهر، وضمنتُ المدعى عليه الرسوم والمصاريف القانونية حكماً غيابياً قابلاً للاعتراض والاستئناف.

أفهم علناً. تحريراً في ٢٠ رجب ١٤٢١ وفق ١٦/ ٣/ ٢٠٠٤.

توقيع الكاتب		توقيع القاضي

الباب الثاني:

التفريق بين الزوجين بواسطة القضاء

ينحل عقد الزواج بأحد الأسباب التالية:

١- بحكم الشرع.

٢- بحكم القاضي، وقد يكون تطليقاً أو تفريقاً أو فسخاً.

٣- بإرادة الزوج المنفردة وهو الطلاق.

٤- بإرادة الزوجين المشتركة ويكون بالمخالعة.

٥- بوفاة أحد الزوجين.

يتناول هذا الباب انحلال عقد الزواج بحكم الشرع وبقضاء القاضي وبإرادة الزوجين المشتركة.

ويقع في ثلاثة فصول:

الفصل الأول: التفريق بين الزوجين بحكم الشرع

الفصل الثاني: التفريق بين الزوجين بقضاء القاضي

الفصل الثالث: التفريق بين الزوجين بالإرادة المشتركة

الفصل الأول

التفريق بين الزوجين بحكم الشرع

(التفريق للعان)

ويتمثل ذلك في حالة اللعان فقط، وفي هذه الحالة لا يرجع التفريق بين الزوجين إلى إرادتهما أو إرادة غيرهما؛ بل إلى حكم الشرع، لكن القاضي هو الذي يحكم بالتفريق وبآثاره إذا توافرت شروطه.

يتكون هذا الفصل من ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف اللعان ومشروعيته

المبحث الثاني: وصف اللعان

المبحث الثالث: تكييف الفرقة باللعان

المبحث الأول

تعريف اللعان ومشروعيته

أولاً: تعريف اللعان

في اللغة: من لـعن، والالتعان والملاعنة مـأخوذ من اللعن، والجمع لعان ولعنات، ولعن: طرد وأبعـد، ولعنه: طرده وأبعـده ومنعه فـهو لعين وملعـون، والتلاعن: التشاتم وتلاعنا: لعن بعضٌ بعضاً، وتلاعن القوم: لعن بعضهم بعضاً، ولاعن الحاكم بينهما لعاناً: حكم باللعان، والملاعنة: اللعن بين اثنين فصاعداً(1).

في الاصطلاح: (حلفُ زوجٍ على زنا زوجته أو نفي مـحلها له، وحلفُـها على تكذيبه إن أوجب نكولُها حدَّها بحكم قاض)(2).

ثانياً: مشروعية اللعان

ثبتت مشروعية اللعان بأدلة منها ما يلي:

1 - قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾﴾ [النور].

وجه الدلالة: ذكر الله سبحانه حد القـاذف في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ...﴿٤﴾﴾ [النور]، فالآية عامة

---

(1) ابن منظور: لسان العرب ١٣/ ٣٨٧ - ٣٨٩، الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن ص ٤٥١، الفيومي: المصباح المنير ص ٢٨٦.

(2) عليش: منح الجليل شرح مختصر سيدي خليل ٤/ ٢٧٠.

فيمن قذف زوجته أو امرأة أجنبية، بدليل قوله ﷺ لهلال بن أمية لما قذف امرأته: «إئت بأربعة شهداء وإلا حد في ظهرك»، فنزلت آيات اللعان[1].

٢- قذف هلال بن أمية امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سحماء فقال النبي ﷺ: «البينة أو حد في ظهرك»، فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل النبي ﷺ يقول: «البينة وإلا حد في ظهرك» فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق؛ فلينزلنَّ الله ما يبرئ ظهري من الحد، فنزل جبريل وأنزل عليه: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾﴾ [النور]. . . فقرأ حتى بلغ ﴿... إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾﴾، فانصرف النبي ﷺ فأرسل إليها، فجاء هلال فشهد؛ والنبي ﷺ يقول: «إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب؟» فقامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة وقفوها وقالوا: إنها موجبة، قال ابن عباس: وتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع، ثم قالت: لا أفضح قومي سائر اليوم، فمضت، فقال ﷺ: «أبصروها، فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين خدلج الساقين فهو لشريك ابن سحماء»، فجاءت به كذلك، فقال ﷺ: «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن»[1].

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن الأصل في القذف وجوب البينة على القاذف؛ فإن عجز عنها وجب عليه الحد، إلا أن الله - تعالى - استثنى الأزواج فأقام الحلف مقام البينة[2].

---

(١) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٢٥٢.

(٢) صحيح البخاري ٣/ ٣/ ٢٣٣ - ٢٣٤ حديث رقم (٤٧٤٧).

(٣) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٢٤٩، ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ١٤٠ - ١٤١.

المبحث الثاني

وصف اللعان

اختلف الفقهاء في وصف اللعان أهو يمينٌ أم شهادةٌ على مذهبين:

المذهب الأول: اللعان يمين وليس شهادة، وهو قول المالكية[1] والشافعية[2] والحنبلية، وقول إسحق وسعيد بن المسيب والحسن وربيعة وسليمان بن يسار[3].

واستدل أصحاب هذا المذهب لقولهم بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ⑥﴾ [النور].

وجه الدلالة: عبارة «فشهادة أحدهم» تفسير من الله تعالى للّعان بأنه شهادة بالله، والشهادة بالله يمين؛ لأن من قال: أشهد بالله فهو يمين بلفظ الشهادة[4].

٢- روي أن هلالاً بن أمية جاء من أرضه عشاءً فوجد عند أهله رجلاً، فذُكِرَ حديثُ تلاعنِهما إلى أن قال: فرَّق النبي ﷺ بينهما وقال: إن جاءت به أصيهب فهو لهلال، وإن جاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الأليتين فهو للذي رميت به، فجاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الأليتين فقال رسول الله ﷺ: **«لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»**[5].

وجه الدلالة: قوله ﷺ: **«لولا الأيمان»** دليل على أن اللعان يمين[6].

---

(١) انظر عليش: فتح الجليل شرح مختصر سيدي خليل ٤/ ٢٨٦ - ٢٨٧.
(٢) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٤٩٠.
(٣) انظر ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ١٤١.
(٤) انظر المصدر ذاته ٤/ ١٤٩.
(٥) انظر الشوكاني: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ٦/ ٨٠٧ حديث رقم (٢٩١٢).
(٦) انظر ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ١٤١.

٣- واستدلوا عقلاً بأن اللعان لو كان شهادة لما تكرر لفظه بخلاف اليمين، فإنه قد يشرع فيه التكرار كما هو الحال في أيمان القسامة(١).

٤- وبأن اللعان لو كان شهادة لما استوى فيه الذكر والأنثى، لأن شهادة المرأة على النصف من شهادة الرجل، بينما استوت المرأة والرجل في اللعان، الأمر الذي يرجح أنه يمين(٢).

المذهب الثاني: اللعان شهادات مؤكدة بالأيمان، فكل من كان من أهل الشهادة واليمين كان من أهل اللعان، ومن لم يكن من أهلها فليس من أهل اللعان، وإلى هذا ذهب الحنفية(٣) والأوزاعي والثوري(٤).

واستدلوا أصحاب هذا المذهب لقولهم بالأدلة التالية:

١- قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾﴾ [النور].

وجه الدلالة: يستدل بهذه الآية من ثلاثة وجوه:

الأول: إنه - عز وجل - سمي الذين يرمون أزواجهم شهداء، وقد استثناهم من الشهداء بقوله: ﴿...وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ ...﴾، والمستثنى من جنس المستثنى منه.

الثاني: إنه سمى اللعان شهادة بالنص بقوله: ﴿... فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ...﴿٦﴾﴾.

الثالث: سماه الله - تعالى - شهادة بالله تأكيداً للشهادة باليمين، فقوله: أشهد يكون شهادة؛ وقوله: بالله يكون يميناً(٥).

٢- اعتبار اللعان شهادة مؤكدة باليمين فيه عمل باللفظين في معنيين؛ وليس كما قال الآخرون حيث حملوا اللفظين على معنى واحد فقط؛ والعمل باللفظين

(١) انظر المصدر ذاته. (٢) انظر المصدر ذاته.

(٣) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٢٤٨.

(٤) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٢٦٢.

(٥) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٥/ ٤٥ ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٢٤٨ - ٢٤٩.

في معنيين أولَى، وهو شهادة مؤكدة باليمين فيراعى فيه معنى الشهادة ومعنى اليمين، وقد راعينا معنى الشهادة فيه باشتراط لفظة الشهادة؛ فيراعى معنى اليمين بالتسوية بين الرجل والمرأة في العدد، عملاً بالشَّبَهين جميعا(١).

والذي أراه أن اللعانَ يمينٌ وليس شهادة؛ لقوة أدلة الجمهور ولضعف استدلال الحنفية على قولهم، فقد نوقشت أدلتهم بما يلي:

١- قولهم: إنه سبحانه استثنى «أنفسهم» من الشهداء، يجاب عنه من عدة وجوه:

أ- كلمة «إلا» صفة بمعنى غير، والمعنى: ولم يكن لهم شهداء غير أنفسهم، فإن غيرَ وإلاَّ يتعارضان بين الوصفية والاستثناء، فيستثنى بغير حملاً على إلاَّ، ويوصف بإلاَّ حملاً على غير.

ب- كلمة «أنفسهم» مستثنى من الشهداء، ولكن يجوز أن يكون منقطعاً على لغة تميم فإنهم يُبدِلُون في الانقطاع كما يُبْدِلُ أهل الحجاز في الاتصال.

جـ- بأنه تعالى إنما استثنى «أنفسهم» من الشهداء لأنه نزلهم منزلتهم في قبول قولهم(٢).

٢- قول الحنفية إن اللعان شهادة مؤكدة باليمين فيه عمل باللفظين، يجاب عنه: بأن اللعان يجمع الوصفين اليمين والشهادة، فهو شهادة مؤكدة بالقسم والتكرار، ويمين مغلظة، بلفظ الشهادة والتكرار لاقتضاء الحالِ تأكيدَ الأمر(٣). فألفاظ اللعان ليست شهادة، بل أيمان مغلظة ومؤكدة بالتكرار، لأن الحال يقتضي التأكيد، ومن كان أهلاً لليمين كان أهلاً للِّعان، فيصح اللعان من كل زوجين مكلفين سواء كانا مسلمين أو كافرين؛ عدلين أو فاسقين أو محدودين في قذف أو كان أحدهما كذلك(٤).

---

(١) الكاساني: بدائع الصنائع: ٥/ ٤٥.

(٢) انظر ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ١٤٣، عليش: فتح الجليل شرح مختصر سيدي خليل ٤/ ٢٧١.

(٣) انظر المصادر ذاتها.

(٤) ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ١٤١.

المبحث الثالث

تكييف الفرقة باللعان

اختلف الفقهاء في تكييف الفُرْقَة الواقعة باللعان على مذهبين:

المذهب الأول: الفرقة الواقعة باللعان فسخ، وموجبة للتحريم المؤبد، وهو قول أبي يوسف والحسن بن زياد من الحنفية[1]، والمالكية[2] والشافعية[3] والحنبلية[4] والظاهرية[5].

وعللوا قولهم: بأنها توجب التحريم المؤبد كفسخ الرضاع، وليس من الطلاق ما يوجب التحريم المؤبد. ولا يعتبر اللعان من ألفاظ الطلاق ولا كناياته، ولا ينوي به الملاعن الطلاق، ولو كان طلاقاً لوقع بلعان الزوج بمفرده دون لعان الزوجة.

واستدلوا لصحة قولهم بما يلي:

١- بما روي - في خبر المتلاعنين -: فطلقها ثلاث تطليقات عند رسول الله ﷺ؛ فأنفذه، فكان ما صنع - المُلاعِنُ - عند النبي ﷺ سنَّةً أن يفرِّقَ بينهما ثم لا يجتمعا أبداً[6].

وجه الدلالة: سنة الرسول ﷺ في المتلاعنين إذا تلاعنا التفريق بينهما تفريقاً أبديًا؛ بحيث لا يستطيع الزوج إعادة زوجته إلى عصمته بعد ملاعنتها أبداً[7].

---

(١) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٥/ ٥٣.

(٢) انظر عليش: فتح الجليل شرح مختصر سيدي خليل ٤/ ٢٩٢.

(٣) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٤٩٨.

(٤) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٢٧٥. زاد المعاد ٤/ ١٥٩.

(٥) انظر ابن حزم: المحلى ٩/ ٣٣٥.

(٦) رواه أبو داود وصححه الألباني، انظر سنن أبي داود٢/ ٢٥٢ رقم٢٢٥٠، إرواء الغليل ٧، ١٨٧ رقم ٢١٠٤.

(٧) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٤/ ٥٣، الخطيب الشربيني ٣/ ٤٩٨.

٢- بما روي أن عمـر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال في المـتلاعنين إذا تلاعنا: (يفرِّق بينهما ولا يجتمعان أبداً)[1].

وجه الدلالة: جعل عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - الفرقة بينهما أبدية.

المذهب الثاني: تقع فرقة اللعان تطليقةً بائنةً، وبها يزول ملك النكاح وتثبت حرمة المصـاهرة، وهو قول أبي حنيفة وتلميـذه محمد. واستدلا على قـولهما بما يلي:

١- قول عويمر العجلاني لما فَرَغَ من لعان زوجته: كذبتُ عليها يا رسول الله إن أمسكتُـها، فطلَّقَها ثلاثاً قـبل أن يأمرَه الرسول ﷺ، قال ابن شـهاب: فكانت تلك سنة المتلاعنين[2].

وجه الدلالة: النص صريح في أن الطلاق عقب الـلعان سنة المتلاعنين، لأن سبب هذه الفرقة قـذف الزوج فيوجب اللِّعان؛ واللعان يوجب التـفريق؛ والتفريق يوجب الفـرقة، وكل فـرقة تكون من الزوج أو يكون فـعل الزوج سبـبهـا تكون طلاقاً[3].

٢- الثابتَ بالنص اللعـان بين الزوجين، فلو أثبتنا به الحـرمة المؤبدة لكانت زيادة على النص وهو لا يجوز؛ وبالأخص فـيما كان طريقُه طريـقَ العقوبات. ثم إن فرقة اللعان تختص بمجلس الحكم ولا يتقرر سببه إلا في نكاح صحيح، فيكون فرقـة بطلاق كالفرقـة بسبب الجبِّ والعُنَّة؛ لأن اللعـان يفوِّتُ الإمسـاك بالمعروف فيـتعين التسريح بالإحـسان، فإذا امتنع منه نـاب القاضي عنه فيكون فعله كـفعل الزوج، وإذا ثبت أنه طلاق فالحرمة بسبب الطلاق لا تتأبد.

---

(١) رواه البيهقي وصححه الألباني، انظر السنن الكبرى١١/ ٣٦٤ رقم١٥٧٦١، إرواء الغليل ٧/ ١٨٨ رقم ٢١٠٥.

(٢) صحيح البخاري ٣/ ٤٠١ رقم (٥٣٠٨).

(٣) انظر بدائع الصنائع ٤/ ٥٥-٥٦.

مناقشة الأدلة

نوقشت الأدلة التي ساقها أبو حنيفة وتلميذه محمد بما يلي:

١- استدلالهم بقول الملاعن: كذبتُ عليها يا رسول الله إن أمسكتُها يجاب عنه بأنه كلام تام مستقل، وقوله: هي طالقٌ ثلاثاً كلام جديد تصديقاً لقوله في أنه لا يمسكها؛ وإنما طلقها لأنه ظن أن اللعان لا يحرمها عليه؛ فأراد تحريمها بالطلاق فقال: هي طالق ثلاثاً، فقال ﷺ: «**لا سبيل لك عليها**»، أي لا ملك لك عليها فلا يقع طلاقك، وهذا دليل على أن الفرقة تحصل بنفس اللعان[1].

٢- قولهم أن الحرمة المؤبدة زيادة على النص يجاب عنه بأن ذلك من خلال أحاديث صحيحة، واللعان يقتضي بنفسه التفريق لقوته؛ بخلاف ما إذا توقَّف على تفريق الحاكم[2].

ثم إنه لا يُسَلَّمُ بأن الزيادة على النص نسخ له، بل مآلها إما تخصيص العام أو تقييد المطلق وهو مذهب جمهور الأصوليين، وإلاَّ فإن أخبار الآحاد الزائدة على النص القرآني هي حجة يجب العمل بها ولا ترد بحال؛ بحجة أن الزيادة على النص القرآني بأخبار الآحاد نسخ له. وبما أنها لا تقوى على نسخه فترد ويطرح العمل بها.

وأرى أن الفرقة الواقعة باللعان فسخٌ لصحة الأدلة على ذلك وقوة الاستدلال بها.

---

(١) انظر السرخسي: المبسوط ٧/ ٤٤.

(٢) انظر ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ١٥٩ - ١١٦٠)

الفصل الثاني

التفريق بين الزوجين بقضاء القاضي

ويحكم القاضي في هذه الحالات بالتـفريق بين الزوجين بناء على طلب من أحدهما.

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: التفريق للإيلاء

المبحث الثاني: التفريق للظهار

المبحث الثالث: التفريق لعدم الإنفاق في الفقه والقضاء

المبحث الرابع: التفريق للشقاق والنشوز في الفقه والقضاء

المبحث الخامس: التفريق للعيب في الفقه والقضاء

المبحث السادس: التفريق للغيبة والحبس في الفقه والقضاء

المبحث الأول

التطليق للإيلاء

المطلب الأول

تعريف الإيلاء

أولاً: تعريف الإيلاء

في اللغة: من ألاَ يألو ألواً وأَلياً وإِلياً، والفعل آلى يؤلي إيلاء: حلف، وتألَّيتُ: أقسمت، وفي حديث أنس بن مالك أن النبي ﷺ آلى من نسائه شهراً[(١)]؛ أي حلف أن لا يدخل عليهن شهراً. ولا يُستعملُ الإيلاء في الإصلاح؛ بل يستعمل في الضرار والغضب لا في النفع والرضى. وفي التنزيل قوله تعالى: ﴿وَلا يَأْتَلِ أُوْلُوا الْفَضْلِ مِنكُمْ ...﴿٢٢﴾﴾ [النور]: أي لا يحلف، لأن الآية نزلت في حَلْفِ أبي بكر أن لا ينفق على مسطح[(٢)].

في الاصطلاح:

عند الحنفية: (اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعداً بالله أو بتعليق ما يستشقه على القربان)[(٣)].

عند المالكية: (يمين زوج مسلم مكلف يتصور وقاعه وإن مريضاً بمنع وطء زوجته وإن تعليقاً وإن رجعية أكثر من أربعة أشهر)[(٤)].

عند الشافعية: (حلف زوج يصح طلاقه ليمتنعن من وطئها مطلقاً أو فوق أربعة أشهر)[(٥)].

---

(١) صحيح البخاري ٤٩١/١ حديث رقم (١٩١٠).

(٢) انظر الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن ص ٢٢، ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر ٦١/١- ٦٦، ابن منظور: لسان العرب ٣٩/١٤ -٤٤. الأزهري: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي ص ٢١٥.

(٣) ابن الهمام: فتح القدير ١٦٨/٤.

(٤) الحطاب: مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٣١٥/١١.

(٥) مغني المحتاج ٧١/١٤.

عند الحنبلية: (حلف زوج يمكنه الجماع بالله تعالى أو بصفة من صفاته على ترك وطء امرأته الممكن جماعها في قُبُلٍ أبداً أو يُطْلِق أو أكثر من أربعة أشهر أو ينويها) [(١)].

المطلب الثاني

أحكام الإيلاء

نهى الشارع الحكيم عن الإيلاء لما فيه من إيذاء الزوجة[(٢)]، ولأنه يمينٌ على ترك واجب فكان حراماً لقوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ (٢٢٦) وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (٢٢٧)﴾ [البقرة].

والإسلام بهذا التشريع يقف سداً منيعاً دون إلحاق الأذى والحيف والظلم بالمرأة، ويُعنَى بها أيَّما عناية برفع عسف المتجبرين عنها، فقد جاء الحكم الشرعي ليقرر أنه إذا مضت المدة التي حلف عليها الزوج ولم يراجع زوجته طلقت منه، وإذا راجعها عادت الحياة الزوجية بينهما؛ لكن مقابل كفارةِ يمينٍ يؤديها كما حددها الشارع الحكيم[(٣)].

والمدة التي يعتبر فيها المولي مولياً أن يحلف على ترك الوطء بشكل مطلق أو مدة تزيد على أربعة أشهر، فإذا كانت المدة كذلك كان مولياً، أما إذا نقصت عن أربعة أشهر فلا يعتبر مولياً.

وإن آلى من زوجته أربعة أشهر فقط فللعلماء في ذلك مذهبان:

المذهب الأول: لا يكون مولياً، وهو قول المالكية[(٤)] والشافعية[(٥)] والحنبلية[(٦)].

---

(١) البهوتي: كشاف القناع ١٨/ ٤٥٢.

(٢) انظر فتح القدير ٤/ ١٦٨. مغني المحتاج ٣/ ٤٤٩.

(٣) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٤/ ٣٤٩ - ٣٥١، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٦٨ - ٧١، ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ١٣٦ - ١٣٧.

(٤) انظر عليش: منح الجليل شرح مختصر سيدي خليل ٤/ ١٩٨.

(٥) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٤٥٠.

(٦) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٢٠١ - ٢٠٢.

واستدل أصحاب هذا المذهب بقول الله سبحانه: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ (٢٢٦)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: حدد الله عز وجل مدة الإيلاء بأربعة أشهر؛ فلا معنى للتربص لأن مدة الإيلاء لا تتناولها، ولأن المطالبة تكون بعد مرور أربعة أشهر[(١)].

المذهب الثاني: يعتبر مُولِياً، وهو قول الحنفية[(٢)].

واستدلوا بقول الله عز وجل: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ (٢٢٦)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: حدد الله سبحانه مدة مقدرة للإيلاء فلا يجوز الزيادة عليها ولا النقصان إلا بدليل، ولا دليل على ذلك[(٣)].

والذي أراه أنه لا يعتبر مولياً، لأن المطالبة بالفيئة إنما تكون بعد أربعة أشهر، فإذا حددت بأربعة أشهر فما دون لم تصح المطالبة من غير إيلاء، ولأن الفيء جاء عقيب التربص بفاء التعقيب فيدل على تأخره عنه[(٤)].

المطلب الثالث

وصف الإيلاء

الإيلاء من أنواع الطلاق المعروفة في الجاهلية، فكان الرجل يحلف ألاَّ يطأ زوجته مدة السنة والسنتين؛ فيذرها كالمعلقة لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة، يقصد بذلك إيذاءها عند المساءة. يحملهم على ذلك كراهة ولادة البنات، أو حالات الغضب، أو كراهة الزوجة مع عدم الرغبة بتطليقها لئلاً تتزوج، أو لتبقَى عندهم فيرثونها.

أما في الإسلام فقد اختلف الفقهاء في وصف الإيلاء على مذهبين:

---

(١) انظر عليش: فتح الجليل شرح مختصر سيدي خليل ٣/١٩٨، الخطيب الشربيني: معنى المحتاج ٣/ ٤٥٠ ابن قدامة: المغني ٧/ ٢٠٢.

(٢) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٤/ ٣٧٠، ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٧٠ - ١٧١.

(٣) نظر الكاساني: بدائع الصنائع ٤/ ٣٧٠ - ٣٧١، ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٧١.

(٤) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٢٠٢.

المذهب الأول: يقع الطلاق بائناً بمضي الأربعة الأشهر، وهو قول الحنفية[1].

واستدلوا لمذهبهم بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ [البقرة].

وجه الاستدلال: التقسيم في الآيتين دليل على أن الفيء في المدة وعزيمة الطلاق بعده، فجعل التربص للزوج لـلتدارك في المدة؛ وجعل الطلاق مؤخراً إلى ما بعد المدة[2].

٢- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ [البقرة].

وجه الاستدلال: ذكر عزيمة الطلاق بعد ذكر المدة إشارة إلى أن ترك الفيء في المدة عزيمة الطلاق عند مضيها[3].

٣- قياس بينونة الزوجة بانتهاء مدة التربص في الإيلاء قبل الفيئة على بينونتها بانتهاء مدة العدة قبل الرجعة؛ بجامع إظهار الزوج كراهية صحبتها وعدم رغبته بها، فعلق البينونة على انتهاء المدة في الحالين[4].

المذهب الثاني: لا يقع الطلاق بمضي الأربعة الأشهر؛ بل بالإيقاع ممن يملكه، وهو قول المالكية[5] والشافعية[6] والحنبلية[7].

واستدلوا على مذهبهم بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ [البقرة].

---

(١) ابن الهمام: فتح القدير ١١/ ١٩١.
(٢) انظر السرخسي: المبسوط ٨/ ٣١٠.
(٣) السرخسي: المبسوط ٨/ ٣١١.
(٤) السرخسي: المبسوط ٨/ ٣١١.
(٥) انظر الحطاب: شرح مختصر خليل ١٣/ ٣٤.
(٦) انظر الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٢٣/ ٨٧.
(٧) انظر البهوتي: كشاف القناع ١٨/ ٤٩٠.

يستدل بهذه الآية من وجهين[1]:

الأول: لفظة «سميع» تقتضي أن الطلاق مسموع؛ ولا يكون المسموع إلا كلاماً، وهو دليل عدم وقوع الطلاق بمضي المدة.

الثاني: لو وقع الطلاق بمضي المدة فلا حاجة إلى النص على العزم عليه.

٢- قياس مدة التربص في الإيلاء على الأجل في الدَّين؛ بجامع عدم استحقاق المطالبة بالحق في أثنائهما[2].

والذي أراه أن الطلاق لا يقع بمضي الأربعة الأشهر لصحة الاستدلال.

فإذا مضت مدة التربص ولم يفئ المُولِي ولم يطلِّق ورافعته المرأة إلى القاضي؛ أوقفه وأمره أن يفيء أو يطلق؛ فإن أبى فقد اختلف الفقهاء في الحكم على مذهبين:

المذهب الأول: يطلِّق عليه القاضي، وهو قول المالكية[3] والشافعية[4] والحنبلية[5].

واستدلوا لمذهبهم بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾﴾ [البقرة].

يستدل بهذه الآية من وجهين[6]:

الأول: اللام في لفظة «للذين» تبين أن المدة للزوج، وإنما تكون المدة له إذا كان الأمر موسعاً عليه؛ فلا يطالب بالفيئة إلا بانتهائها.

(١) انظر البهوتي: كشاف القناع ١٨/ ٤٩١.
(٢) انظر ابن قدامة: المغني ١٧/ ١٤٠.
(٣) انظر الحطاب : شرح مختصر خليل ١٣/ ٣٤.
(٤) انظر الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٢٣/ ٨٧.
(٥) انظر البهوتي: كشاف القناع ١٨/ ٤٩٠.
(٦) انظر السرخسي: المبسوط ٨/ ٣١٠.

الثاني: الفاء في عبارة «فإن فاءوا» للتعقيب، وهو دليل على أن الفيء الذي يؤمر به المولي يكون بعد مضي المدة.

٢- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ [البقرة].

وجه الاستدلال: لفظة «سميع» تقتضي كون الطلاق كلاماً مسموعاً، ولا يكون ذلك إلاً بإيقاع الزوج أو بتفريق القاضي(١).

٣- استدلوا بالعقل، فالقاضي منصوب لإزالة الظلم ودفع الضرر، فإن أبى المولي ناب عنه في التفريق(٢).

المذهب الثاني: يُضَيّقُ عليه ويضربه بالسوط ولو أدى إلى موته فيكون قتيل الحق، وهو قول الظاهرية(٣).

واستدل ابن حزم على رأيه بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ [البقرة].

يستدل بهذه الآية من وجهين(٤):

الأول: تقصر الآية عزيمة الطلاق على الزوج دون غيره، وهو دليل على أن طلاق الحاكم عليه فضول وباطل وتعد لحدود الله عز وجل.

الثاني: لم ترتّب الآية على المولي الآبي للفيئة إلاً عزيمة الطلاق.

٢- عموم قوله ﷺ **«من رأى منكم منكراً فليغيره بيده...»**(٥).

وجه الاستدلال: المولي الآبي من الفيئة أو الطلاق بعد مضي الأربعة الأشهر معلن بالمنكر، فوجب تغييره باليد ما دام مظهراً له(٦).

والذي أراه أن القاضي يطلق على المولي الآبي للفيئة أو الطلاق لصحة الاستدلال.

---

(١) انظر السرخسي: المبسوط ٨/ ٣١١.

(٢) انظر السرخسي: المبسوط ٨/ ٣١١.

(٣) انظر ابن حزم: المحلى بالآثار ١٧٨/٩.

(٤) انظر المصدر ذاته ١٠/ ٤٣.

(٥) رواه مسلم.

(٦) انظر ابن حزم: المحلى ١٠/ ٤٣.

المبحث الثاني

التطليق للظهار

المطلب الأول

تعريف الظهار

في اللغة: من ظَهَرَ، وظَهْرُ الشيء: أصله أن يحمل الشيء على ظهر الأرض، والظهر من الإنسان: من لدن مؤخر الكاهل إلى أدنى العجز عند آخره، واستظهر به: أي استعان به، والتظاهر: التعاون، والظهار في الجاهلية طلاق، وأصله مأخوذ من الظهر.

وإنما خصوا الظهر دون البطن والفخذ والفرج وهو أولى بالتحريم؛ لأن الظهر موضع الركوب، والمرأة مركوبة إذا غُشِيَت، فكأنه إذا قال: أنت علي كظهر أمي أراد: ركوبك للنكاح حرام علي كركوب أمي للنكاح، فأقام الظهر مقام الركوب لأنه مركوب، وأقام الركوب مقام النكاح لأن الناكح راكب[1]، وهو استعارة؛ فقد استعير الظهر للركوب لأنه يستعمل له غالباً.

في الاصطلاح: على الرُّغْم من تعدد تعريفات الفقهاء للظهار، إلا أنها متقاربة في معناها:

الحنفية: تشبيه الزوجة أو جزء منها شائع أو معبر به عن الكل بما لا يحل النظر إليه من المحرمة على التأبيد ولو برضاع أو صهرية[2].

المالكية: تشبيه المسلم المكلف من تحل أو جزأها بظهرِ مُحَرَّمٍ أو جزئه[3].

---

(١) انظر الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن ص ٣١٨، ابن منظور: لسان العرب ٤/ ٥٣٠ - ٥٢٩، الفيومي: المصباح المنير ص ٢٠٠ - ٢٠١.

(٢) ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٢١٩.

(٣) انظر الحطاب: مواهب الجليل ١١/ ٣٢٥.

الشافعية: تشبيه ذي التكليف مَن لم تبن بجزء أنثى محرم لم تكن حلاً وجزأها كشعر مُطْلِقاً أو مُعَلَّقاً[1].

عند الحنبلية: أن يشبه امرأته أو عضواً منها بظهر من تحرم عليه على التأبيد من نسب أو رضاع أو بها أو بعضو منها[2].

المطلب الثاني

أحكام الظهار

كان الرجل في الجاهلية إذا كره زوجته ولم يرد أن تتزوج غيره ظاهر منها؛ فتبقى لا هي ذات زوج ولا خَلِيَّةٌ تستطيع تزوُّج غيره.

فجاء الإسلام وحرم الظهار، ويستدل على حرمته بقوله عز وجل: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلاَّ اللاَّئِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ ②﴾ [المجادلة].

وجه الاستدلال: اعتبر الله سبحانه وتعالى الظهار منكراً من القول وزوراً، وهذا من أبلغ صور التحريم، فهو جناية كبيرة[3] لما فيه من إضرار بالمرأة المظاهَر منها.

أما إذا ظاهر الرجل من زوجته فقد وقع الظهار عليها، وترتبت عليه الأحكام التالية:

١- حرمة الوطء قبل التكفير: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يحرم على المظاهر أن يطأ زوجته المظاهر منها قبل التكفير، سواء كانت الكفارة بالعتق أو الصيام أو الإطعام، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا...③﴾ [المجادلة]. فالأمر الرباني واضح بوجوب

(١) انظر التسولي: البهجة شرح التحفة ١٦/٨/٢٠٨.

(٢) نظر المرداوي: الإنصاف ١٤/١٨٨.

(٣) انظر نهاية المحتاج ٧/٨٣.

التكفير قبل المسيس، ولو لم يكن المسيس والوطء حراماً لما كان للأمر بالتكفير قبل المسيس والوطء معنى[1].

ولا ينبغي للمرأة إذا ظاهر منها زوجها أن تدعه يقربها بالوطء والاستمتاع حتى يكفِّرْ لأنَّ ذلك حرام عليه، والتمكين من الحرام حرام[2].

٢- حق الزوجة في مطالبة الزوج المظاهر بالوطء: فللزوجة المظاهَرِ منها الحق أن تطالب زوجها المظاهِر بالوطء، وإذا طالبته به فعلى الحاكم أن يجبره حتى يكفِّر ويطأ، لأنه بالتحريم بالظهار أضرَّ بها؛ حيث منعها حقها في الوطء مع قيام المِلك، فكان لها المطالبة بإيفاء حقها ودفع الضرر عنها، وفي وسعه إيفاء حقها بإزالة الحرمة بالكفارة، فيجب عليه ذلك ويجبر إذا امتنع[3].

٣- عدم زوال ملك النكاح، فالطلاق يملكه الزوج وله عدد محصور، أما الظهار فليس بمملوك للزوج، لذا فلا يستطيع إحلال الفرج والوطء إلا بالتكفير[4].

٤- وجوب الكفارة إذا أراد الزوج العود.

والكفارة الواجبة على المظاهر العتق أو الصيام أو الإطعام على الترتيب دون تخيير؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٣﴾ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٤﴾﴾ [المجادلة].

وتفصيل كفارة الظهار كما يلي:

١- إعتاق الرقبة: وشرطها الإيمان والسلامة من العيوب وكمال الرق.

---

(١) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ١٦/٥، عليش: فتح الجليل شرح مختصر سيدي خليل ٢٣٨/٤، الرملي: نهاية المحتاج ٨٨/٧، ابن قدامة: المغني ٢٣٦/٧، ابن الهمام: فتح القدير ٢٢١/٤.

(٢) انظر بدائع الصنائع ١٧/٥.

(٣) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ١٧/٥.

(٤) انظر المصدر ذاته ١٩/٥، ابن قدامة: المغني ٢٣٧/٧

٢- صيام شهرين: ويشترط فيهما ثلاثة شروط:

أ- أن يكونا متتابعين بحيث لو أفطر يوماً استأنف الصيام من جديد.

ب- أن لا يكون في رمضان ولا في العيد أو أيام التشريق لحرمة صيامها.

جـ- أن يعجز عن إعتاق الرقبة.

٣- الإطعام: بأن يطعم ستين مسكيناً؛ لكل مسكين مداً من قوت البلد أو قيمته؛ على ألاَّ تعطى لكافر أو من تلزمه نفقته، شريطة العجز عن الصيام[١].

المطلب الثالث

وصف الظهار

كان الظهار قبل الإسلام من أنواع الطلاق عند العرب؛ بل هو أقسى أنواعه وأشدها للضرر الواقع بسببه على المرأة.

أما في الإسلام فهو تحريم مؤقت للزوجة يرتفع بالوطء بعد التكفير، فإن امتنع الزوج من الكفارة وهو قادر ورافعته إلى القاضي أجبره عليها، فإن أبى فقد اختلف العلماء على مذهبين:

المذهب الأول: يدخل عليه الإيلاء ويوقف لتمام أربعة أشهر من يوم التظاهر، فإما أن يكفر وإما أن تطلق عليه، وهو قول المالكية[٢] وبعض الشافعية[٣].

ولم أقف ـ فيما قرأتُ ـ على ما استدل به أصحاب هذا المذهب، ولعلهم استدلوا هنا بما استدلوا به على مذهبهم في تطليق القاضي زوجة المُولِي إذا أبى الفيئة.

---

(١) انظر السرخسي: المبسوط ٧/ ١٢ - ١٧، الكاساني: بدائع الصنائع ٥/ ٦، عليش: منح الجليل شرح مختصر سيدي خليل ٤/ ٢٤٦ فما بعدها، الرملي: نهاية المحتاج ٧/ ٩٠ - ١٠٢، ابن قدامة: المغني ٤/ ٢٤٠ - ٢٥٠.

(٢) انظر القيرواني: تهذيب المدونة١/ ٣٥٧. (٣) انظر الشربيني: مغني المحتاج ١٤ / ١٢٢.

المذهب الثاني: لا يدخل عليه الإيلاء؛ بل يجبره القاضي على التكفير فإن أبى ضربه، وهو قول الحنفية[1].

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١- ليس الظهار طلاقاً صريحاً ولا كناية؛ فلا يجوز إثبات الطلاق به إلا بتوقيف، وقال النبي ﷺ «من أدخل في أمرنا ما ليس منه فهو رد»[2] ومن أدخل الإيلاء على المظاهر فقد أدخل عليه ما ليس منه[3].

٢- نص الله سبحانه وتعالى على حكم المولي بالفيء أو عزيمة الطلاق، ونص على حكم المظاهر بإيجاب كفارة قبل المسيس، فحكم كل واحد منهما منصوص عليه، وحمل أحدهما على الآخر غير جائز؛ إذ من حكم المنصوصات أن لا يقاس بعضها على بعض وأن كل واحد منها مُجرًى على بابه، ومحمول على معناه دون غيره[4].

٣- معنى الإيلاء وقوع الحنث ووجوب الكفارة بالوطء في المدة؛ ولا تتعلق كفارة الظهار بالوطء فليس هو إذا في معنى الإيلاء ولا في حكمه[5].

٤- لأنه لا يتوصل إلى الإمساك بالمعروف إلا به، ولا ينبغي له أن يباشرها ولا يقبلها حتى يكفر لقوله تعالى: ﴿... مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ...﴿٤﴾﴾ [المجادلة][6].

٥- لقوله ﷺ لذلك المظاهر: «استغفر الله ولا تعد حتى تكفر»[7].

وجه الاستدلال: نهاه عن الجماع ومد النهي إلى غاية التكفير فيمتد إليها[8].

والذي أراه أن الإيلاء يدخل عليه لرفع الأذى والضرر عن المرأة.

---

(١) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٩/١٠٣- ١٠٤، الكاساني: بدائع الصنائع ٨/٣٩، السرخسي: المبسوط ٨/٢٤٦.

(٢) رواه مسلم بلفظ «مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ مِنْهُ فَهُوَ رَدٌّ».

(٣) انظر الجصاص، أبو بكر: أحكام القرآن ٩/٣. (٤) انظر المصدر ذاته.

(٥) انظر الجصاص، أبو بكر: أحكام القرآن٩/٣. (٦) انظر السرخسي: المبسوط ٨ / ٢٤٦.

(٧) رواه الترمذي بلفظ «فَلَا تَقْرَبْهَا حَتَّى تَفْعَلَ مَا أَمَرَكَ اللَّهُ بِهِ»، وأبو داود بلفظ «فَاعْتَزِلْهَا حَتَّى تُكَفِّرَ عَنْكَ».

(٨) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٨ / ٣٩.

المبحث الثالث

التطبيق لعدم الإنفاق في الفقه والقضاء

المطلب الأول

تعريف النفقة ومشروعيتها

أولاً: تعريف النفقة

في اللغة: من نفق وهي في اللغة من الصرف، يقال: أنفق ماله أي صرفه، وأصل اشتقاقها إما من النفوق بمعنى الهلاك؛ كما يقول: نفقت الدابة نفوقاً إذا هلكت، أو خرجت من مال صاحبها بالبيع أو الموت، وإما من النَّفاق - بفتح النون - بمعنى الرواج، يقال: نفقت السلعة والسوق: إذا راجت.

ويقال: نفقتْ نفقاتهم: فنيتْ، وأنفق ماله: أفناه، وجمعها نِفاق مثل رقبة رقاب، ونفقات على لفظ الواحدة. وسمي المال الذي ينفقه الإنسان على غيره نفقة لأنه يهلك بالصرف أو لأن صرفه يؤدي إلى رواجه. والنفقة: ما أنفقتَ واستنفقتَ على العيال وعلى نفسك. ونفق السعر نفوقاً إذا كثر مشتروه، ونفقت المرأة: إذا كثر طلاَّبها وخُطاَّبها[1].

في الاصطلاح: تعددت تعريفات العلماء للنفقة بتعدد مذاهبهم الفقهية، من ذلك:

عند الحنفية: (الإدرار على الشيء بما فيه بقاؤه)[2].

(١) انظر الفيومي: المصباح المنير ص ٣١٨، التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون ٤/٢٤٩، ابن منظور: لسان العرب ١٠/٣٥٧ ـ ٣٥٨، الرازي: مختار الصحاح ص ٦٧٣ ـ ٦٧٤، الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن ص ٥٠٢.

(٢) فتح القدير ٤/ ٣٤٠

عند المالكية: (ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف)[1].

عند الشافعية: (معاوضة في مقابل التمكين من الاستمتاع)[2].

عند الحنبلية: (كفاية من يمونه خبزاً وإداماً وكسوةً ومسكناً وتوابعها)[3].

ثانياً: مشروعية النفقة

تجب نفقة الزوجة على زوجها، ثبت هذا الحكم بأدلة كثيرة، منها:

١- قوله تعالى: ﴿... وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ... (٢٣٣)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: الآية صريحة في إيجاب نفقة الزوجة على زوجها[4].

٢- قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ... (٧)﴾ [الطلاق].

وجه الدلالة: لفظ «لينفق» صيغة أمر، والأمر بالإنفاق يفيد وجوب النفقة[5].

٣- قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ... (٦)﴾ [الطلاق].

وجه الدلالة: أن الله عزَّ وجل أمر الأزواج بإسكان زوجاتهم حسب الوُجد والطاقة، والسكنى من أنواع النفقة[6].

٤- قوله تعالى: ﴿... فَلا يُخْرِجَنَّكُمَا مِنَ الْجَنَّةِ فَتَشْقَىٰ (١١٧)﴾ [طه].

وجه الدلالة: لم يقل الله تعالى «فتشقيان»، مما يدل على أن آدم ﷺ يتعب لنفقته ونفقتها وبنوهما[7].

٥- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا (١٩)﴾ [النساء].

---

(١) الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك ٢/ ٤٧٦.

(٢) الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٥٥٨.

(٣) الروض المربع شرح زاد المستنقع ص٥١٨.

(٤) ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٣٤٠.

(٥) البابرتي: العناية شرح الهداية ٤/ ٣٤٠.

(٦) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٣٤٠، الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٦٠٧.

(٧) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٤/ ٣٤٠، الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٦٠٧.

وجه الدلالة: أوجبت الآية على الرجال أن يعاشروا زوجاتهم بالمعروف، ومن المعروف إعفاء الزوجة من المؤنة في طلب نفقتها[1].

٦- قالت هند بنتُ عتبة: «يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: **«خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»**[2].

وجه الدلالة: أباح ﷺ لها أن تأخذ من مال أبي سفيان بغير إذنه ما يكفيها وولدها بالمعروف، وإباحة ذلك دليل على أن ما يكفيها من الطعام والكسوة حق واجب عليه[3].

٧- قال ﷺ: **«اتقوا الله في النساء فإنهن عَوانٍ عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»**[4].

وجه الدلالة: جعل ﷺ للزوجة على زوجها الرزق والكسوة بالمعروف[5].

٨- سأل رجل النبي ﷺ: ما حق المرأة على الزوج؟ قال: **«أن يطعمها إذا طعم وأن يكسوها إذا اكتسى ولا يضرب الوجه ولا يقبح ولا يهجر إلا في البيت»**[6].

وجه الدلالة: جعل الرسول ﷺ من حق المرأة على الرجل أن ينفق عليها ليطعمها ويكسوها[7].

٩- بالإجماع الذي نقله كثير من العلماء[8].

---

(١) انظر الشافعي: الأم ٥/ ١٢٦.

(٢) صحيح البخاري ٣/ ٤١٦ حديث رقم (٥٣٦٤).

(٣) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٥/ ١١٢ـ ١١٣. السرخسي: المبسوط ٥/ ١٨١

(٤) رواه أبو داود وصححه الألباني سنن أبي داود ٢/ ١٣٠ـ١٣٤ حديث (١٩٥). إرواء الغليل ٧/ ٢٢٧ حديث رقم ٢١٥٦.

(٥) انظر السرخسي: المبسوط ٥/ ١٨١، ابن الهمام: فتح القدير٤/ ٣٤٠، الكاساني: بدائع الصنائع ٥/ ١١١ـ ١١٢.

(٦) سنن ابن ماجه ١/ ٥٩١-٥٩٣ حديث رقم (١٨٥٠).

(٧) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٥/ ١١٢.

(٨) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٥/ ١١٣، ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٣٤١. النووي: روضة الطالبين ٨/ ٣، الخطيب الشربيني: نهاية المحتاج ٧/ ١٨٧، العسقلاني، ابن حجر: فتح الباري ٩/ ٦٢٠.

١٠- بالمعقول، فالزوجة ممنوعة من التكسب لحقه؛ فنفع حبسها عائد عليه، لقوله ﷺ «الخراج بالضمان»[(١)]، فتجب كفايتها عليه، ولو لم تكن كفايتها عليه[(٢)].

المطلب الثاني

التطليق لعدم الإنفاق في الفقه

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته لعجزه وإعساره أو ظلماً منه مع قدرته، فهل يحكم القاضي لها بالتفريق إن طلبت منه ذلك؟

اختلف العلماء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: يجب على القاضي أن يجيب طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها متى امتنع عن الإنفاق لعجزه عن ذلك أو ظلماً منه مع قدرته، وبهذا الرأي قال عمر بن الخطاب وعلي ابن أبي طالب وأبو هريرة من الصحابة - رضي الله عنهم - أجمعين، وقال به سعيد بن المسيب وحماد بن سليمان وربيعة الرأي من التابعين[(٣)]، وإليه ذهب الأئمة الثلاثة مالك[(٤)] والشافعي[(٥)] وأحمد[(٦)] - رضي الله عنهم -.

يرى هذا الفريق ثبوت حق الزوجة في طلب التفريق بينها وبين زوجها بسبب إعساره، فهي بالخيار: إما الإبقاء على الزوجية فتستدين لنفقتها أو تنفق من

(١) رواه الترمذي وصححه الألباني، سنن الترمذي ٢/ ٣٠٤ حديث رقم (١٢٨٥)، إرواء الغليل ٥/ ٢٧٣ حديث رقم (١٤٤٦).

(٢) انظر السرخسي: المبسوط ٥/ ١٨١، الكاساني: بدائع الصنائع ٥/ ١١٣-١١٤، القاضي عبد الوهاب: المعونة ٢/ ٧٨٢، العسقلاني، ابن حجر: فتح الباري ٩/ ٦٢٠. البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٥٤٠.

(٣) انظر ابن المنذر: الإشراف على مذاهب أهل العلم ١/ ١٢٤، ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٥٦ - ٢٥٧.

(٤) انظر الحطاب الرعيني: مواهب الجليل ٥/ ٥٦٤ - ٥٦٥.

(٥) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٤/ ٥٧٨ - ٥٧٩.

(٦) انظر ابن قدامة: الكافي ٣/ ٢٣٦.

مالها إن كانت موسرة، على أن يتم ذلك بإذن القاضي وتكون نفقتها ديناً في ذمة الزوج إلى حين يساره، وإما أن تختار التفريق بينها وبين زوجها.

استدل أصحاب هذا المذهب لما ذهبوا إليه بالأدلة التالية:

١- قوله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ...(٢٢٩)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى قد خير الزوج في معاملته وعلاقته مع زوجته؛ بين الإبقاء عليها زوجةً بشرط أن يحسن إليها ويعاشرها بالمعروف؛ وبين أن يفارقها بإحسان إذا عجز عن معاملتها بالإحسان وحسن المعاشرة، ومما لا شك فيه أن من أولويات المعاملة بالمعروف مع الزوجة توفير أسباب العيش الكريم والنفقة التي فرضها لها الشرع، والزوج المعسر عجز عن ذلك، ففي هذه الحالة يكون إبقاؤه عليها زوجةً إضراراً بها وإمساكاً بغير معروف، فيتعين الخيار الثاني وهو التفريق[1].

٢- قوله تعالى: ﴿... وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ... (٢٣١)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: نص الآية صريح في منع الأزواج من الإبقاء على الزوجات في وضع يلحق بهن الضرر، وعدَّ ذلك عدواناً عليهن وظلماً لهن، ولا شك أن إمساك الرجل زوجته مع الامتناع عن الإنفاق عليها إضرار بالغ بها، فكان عليه أن يفارقَها وترك إمساكها إذا عجز عن الإنفاق عليها[2].

٣- قال النبي ﷺ: **«أفضل الصدقة ما ترك غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني ويقول العبد أطعمني واستعملني ويقول الابن أطعمني إلى من تدعني؟»**[3].

وجه الدلالة: الحديث ينص صراحة على أن للزوجة الحق في طلب التفريق إذا لم يَفِ الزوج بحقها في النفقة[4].

---

(١) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٤/٥٧٨ ـ ٥٧٩، ابن قدامة: المغني ٧/٣٨٣. ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٣٤٠، الحطاب الرعيني: مواهب الجليل ٤/٥٧٨ - ٥٧٩.

(٢) انظر الشوكاني: السيل الجرار ٢/ ٤٥٢.

(٣) حديث مرفوع رواه البخاري في كتاب النفقات باب وجوب النفقة على الأهل والعيال.

(٤) انظر الشوكاني: نيل الأوطار ٦/ ٨٧٢ـ٨٧٣

٤- قال ﷺ في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته: «يفرق بينهما»[(١)].

وجه الدلالة: الحديث صريح في التفريق بين الزوجين إذا أعسر الزوج عن نفقة زوجته واختارت فراقه[(٢)].

٥- سُئِلَ سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، قال: يفرق بينهما، فسئل: سنة؟ قال نعم سنة[(٣)].

وجه الدلالة: الأثر صريح في التفريق بين الزوجين إذا لم ينفق الرجل على زوجته لأنها تتضرر بذلك؛ ورفع الضرر عنها أمر لازم[(٤)].

٦- بالإجماع، فالقول بالتفريق بين الزوجين لإعسار الزوج هو ما ذهب إليه عمر وعلي وأبو هريرة - رضي الله عنهم -، فقد كتب عمر إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن زوجاتهم: إما أن ينفقوا وإما أن يطلقوا ويبعثوا نفقة ما حبسوا[(٥)]

وليس لهؤلاء الصحابة مخالف رغم شيوع قولهم بين الآخِرين، فثبت بذلك أنه إجماع لا تصح مخالفته[(٦)].

٧- بالمعقول، فنفقة الزوجة حق مقصود بكل عقد زواج، فإذا عجز الزوج عن الإنفاق ولم يتمكن منه فقد استحقت الزوجة المطالبة بفسخ عقد الزواج، كالمجبوب أو العنين؛ فإذا عجز عن الاستمتاع بزوجته فقد جاز لها طلب فسخ عقد الزواج، والاستدلال من وجهين:

---

(١) رواه الدارقطني والبيهقي من طريق عاصم، عن أبي صالح، عن أبي هريرة، وأعله أبو حاتم، انظر العسقلاني: التلخيص الحبير ٤/ ١٥، الشوكاني: نيل الأوطار ٦/ ٣٨٤.

(٢) انظر الشوكاني: نيل الأوطار ٦/ ٨٧٢-٨٧٣.

(٣) البيهقي: السنن الكبرى ١١/ ٤٨٠ أثر رقم ١٦١٣٤.

(٤) انظر الشوكاني: نيل الأوطار ٦/ ٨٧٢.

(٥) البيهقي: السنن الكبرى ١١/ ٤٨١ أثر رقم ١٦١٣٣).

(٦) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٨٣ ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٥٣، ابن المنذر: الاشراف على مذاهب أهل العلم ١/ ١٢٤.

الأول: لأنه إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل؛ لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونها، فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى[1].

الثاني: أن منفعة الجماع مشتركة بينهما، فإذا ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه، ففي المختص بها أولى[2].

٨- واستدلوا عقلاً بأن الزوج بالعجز عن الإنفاق على الزوجة يكون قد أعسر بنفقة ما هو في ملكه، فاقتضى ذلك بطلان حقه في إبقائه كما لو أعسر بالإنفاق على عبده أو أمته فإن القاضي يجبره على إزالة الملك بالبيع[3].

المذهب الثاني: لا يطلق القاضي على المعسر لأنه يستحق الإنظار والتأجيل على أن تكون النفقة ديناً في ذمته، وهو قول الحنفية.

يرى هذا الفريق أن الزوجة لا يثبت لها الخيار ولا يحق لها طلب التفريق، وفي حالة إعسار الزوج ينبغي عليها أن تصبر انتظاراً لليسار، ويأذن لها القاضي بالاستدانة على ذمته

وهو قول عطاء والزهري وابن شبرمة والثوري[4] وأبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف وابن أبي ليلى[5] وداود الظاهري وابن حزم؛ وهو أحد قولي الشافعي[6].

واستدلوا على صحة ما ذهبوا إليه بالأدلة التالية:

١- قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ...(٢٨٠)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: الآية الكريمة على عمومها تقضي وجوب إمهال كل مدين معسر؛ زوجاً كان أو غيره، وغاية ما تبلغه النفقة الزوجية بإمهاله بالنص[7].

---

(١) ابن قدامة: المغني ٩/ ٣٨٣.　　(٢) ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٣٥١.

(٣) السرخسي: المبسوط ٥/ ١٩٠.

(٤) انظر ابن المنذر: الإشراف على مذاهب أهل العلم ١/ ١٢٤، ابن قدامة: المغني ٩/ ٣٨٣.

(٥) انظر السرخسي: المبسوط ٥/ ١٩٠، ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٣٥٠.

(٦) انظر ابن حزم: المحلى ٠/ ٢٥٦-٢٦١ الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٣/ ٥٩٥.

(٧) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٣٥٠. السرخسي: المبسوط ٦/ ١٩١.

٢- قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ۝٧﴾ [الطلاق].

وجه الدلالة: تنص الآية على أن من أعسر بالنفقة وعجز عن إيجاد سبب يمكنه من تحصيل النفقة على الزوجة ليس مكلفاً بالإنفاق، لأن في ذلك تكليفٌ له بما هو فوق وسعه وطاقته، فلا يلزم به في حالة إعساره[١].

٣- دخل أبو بكر يستأذن على رسول الله ﷺ فوجد الناس جلوساً ببابه، لم يؤذن لأحد منهم، قال: فأُذنَ له فدخل، ثم أقبل عمر فاستأذن فأذن له، فوجد النبي ﷺ جالساً حوله نساؤه واجماً ساكناً، فقال لأقولنَّ شيئاً أُضحكُ النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله لو رأيتَ بنتَ خارجة سألتني النفقة فقمتُ إليها فوجأتُ عنقَها، فضحك رسول الله ﷺ وقال: «هن حولي كما ترى يسألنني النفقة»، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقَها، فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقَها، كلاهما يقول: تسألنَ رسول الله ﷺ ما ليس عنده، فقُلْنَ: والله لا نسأل رسول الله ﷺ شيئاً أبداً ليس عنده، ثم اعتزلهن شهراً أو تسعاً وعشرين، ثم نزلت عليه هذه الآية: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ ...۝٢٨﴾ حتى بلغ للمحسنات ﴿...مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا ۝٢٩﴾، قال: فبدأ بعائشة فقال: «يا عائشة إني أريد أن أعرض عليك أمراً أحبُّ أن لا تعجلي فيه حتى تستشيري أبويك»، قالت: ما هو يا رسول الله؟ فتلا عليها الآية، قالت: أفيك يا رسول الله أستشير أبويَّ! بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة، وأسألك أن لا تخبر امرأة من نسائك بالذي قلت، قال: «لا تسألني امرأة منهن إلا أخبرتها، إن الله لم يبعثني معنتاً ولا متعنتاً ولكن بعثني معلماً ميسراً»[٢].

وجه الدلالة: لو كان التفريق بين الزوجين بسبب الإعسار بالنفقة جائزاً لما ساغ لأبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - أن يضربا ابنتيهما؛ في حضرة الرسول ﷺ لمطالبتهما بالنفقة التي لا يستطيع إنفاقها[٣].

---

(١) انظر ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٦١، الزيلعي: تبيين الحقائق ٣/ ٥٤. السرخسي: المبسوط ٥/ ١٨٧ - ١٨٨.

(٢) صحيح مسلم ٢/ ١١٠٤-١١٠٥ حديث رقم (١٤٧٨).

(٣) الشوكاني: نيل الأوطار ٦/ ٨٧٣.

٤- بالإجماع، فقد كان في صحابة رسول الله ﷺ الموسر والمعسر، ومعسروهم أكثر، ولم يثبت عن نسائهم أنهن طلبن من أزواجهن التفريق لأجل الإعسار بالنفقة، الأمر الذي يدل على الإجماع على عدم جواز الفسخ بالإعسار(١).

٥- واستدلوا عقلاً بأن في إلزام الزوج الفسخ إبطال حقه بالكلية، وفي إلزام الإنظار عليها والاستدانة عليه تأخير حقها ديناً عليه، وإذا دار الأمر بينهما كان التأخير أولى(٢).

٦- وبأن الزوجة لا تملك حق الفسخ بإعسار الزوج بالمهر، فكذلك إذا أعسر بالنفقة بجامع أن كلاً منهما مال وجب على الزوج بحق الزوجية، ولما لم يثبت الفسخ بالعجز عن الصداق وهو آكد من النفقة لتقدمه عليها ولقوته؛ لم يثبت بما هو أضعف من باب أولى(٣).

مناقشة الأدلة

لم تسلم أدلة الفريقين من الاعتراض، فقد نوقشت أدلة المانعين من التفريق بما يلي:

١- الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ...(٢٨٠)﴾ [البقرة]؛ وأن الزوجة مأمورة شرعاً بإمهال الزوج المعسر، يجاب عنه بأن قوله تعالى: ﴿...فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ...﴾ عائد إلى ما استقر في ذمة المدين ثبوته، زوجاً كان أم غيره، والزوجة وإن ثبت لها حق الفراق لم يثبت للدَّيْنِيَّة حتى تقاس على الدائن، ولذا لم يثبته للنفقة الماضية مع كونها ديناً، وإنما أثبته للضرر ولعدم تسليم ما يقابل الاحتباس، فالآية ليست محلاً للاحتجاج بها(٤).

٢- الاستدلال بقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ...﴾ وأن إلزام الزوج النفقة حالة العجز تكليف له بما لا يطيق وهو ممنوع بالنص الوارد في الآية، يجاب

(١) ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٥٩ ـ ٢٦٠.

(٢) ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٣١٥.

(٣) الزيلعي: تبيين الحقائق ٣/ ٥٥.

(٤) البغوي: التهذيب ٦/ ٣٥٤ ـ ٣٥٦.

عنه بأنَّا لا نكلفه النفـقة حالة إعساره، بل دفَعْنا الضـرر عن امرأته وخلصناها من حباله لتكـتسب لنفسها، أو يتـزوجها رجل آخر يوفـر لها أسباب الكفـاية والحياة الكريمة[1].

٣- الاستدلال بالحديث الذي لم ينكر فـيه الرسول ﷺ على أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - ضربهـما ابنتيهما حين طلبتا منه مـا لا يستطيع من النفقة دل على عدم حقهما في التفريق، يجاب عنه من وجهين:

الأول: إن الحديث ليس في محل النزاع أصـلاً، فأزواج النبي ﷺ لم يحرَمْنَ النفقة بالكليـة، لأنه ﷺ قد استعاذ من الفقـر المدقع، فالظاهر الذي لا ينبغي النزاع فيه أن ذلك فيما زاد على ما به قوامة البدن؛ مما يعتاد الناس النزاع فيه.

الثاني: لو سلمنا أن الحديث في الإعسار عن دفع النفـقة، فإن زجرهما عن المطالبة بما ليس عنده تكليف بما لا يطاق، بخلاف المطالبـة بالفسخ فإنها مطالبة بما يرفع الضرر، ولم يَرِدْ أنهن طلبن الفـسخ ولـم يجبن إليه، كيف وقـد خيرهن ﷺ بعد فاخترنه[2].

٤- الاحتجاج بالإجماع وأنه لم يعـرف عن نساء الصحابة طلب التفريق من أجل إعسار أزواجـهن؛ مع أن الإعسار كان في جانبـهم أكثر وهو الأعم الأغلب؛ يجاب عنه بأن نساء الصحـابة - رضي الله عنهم - كن يردن الدار الآخرة وما عند الله ولـم يكن مرادهن الدنيـا، فلم يكنَّ يبالين بعسر أزواجـهن لأن أزواجَهن كانوا كذلك لا يبالون، كما أن الصحابة - رضوان الله عليهم جميعاً - لم يكن عجزهم عن النفـقة مطلقـاً، إنما لم يكونوا يملكون من حطام الدنيـا ما يزيد عن الحـاجات الضرورية[3].

٥- قولهم إن إلـزامَ الزوج الفسخ إبطالُ حقـه وفي الإنظار تأخيـر حقـها؛ يجاب عنه بأن الفسخ في هذه الحالة لرفع الضرر عن الزوجة بسبب عدم الإنفاق، لأن الحياة بغير نفقة صعبة وشاقَّة؛ ويترتب على عدم الإنفاق ضرر كبير[4].

---

(١) الشوكاني: السيل الجرار ٢/ ٤٥٣

(٢) انظر ابن القيم: زاد المعاد ٤/٢٢٨ ـ ٢٢٩، الشوكاني: نيل الأوطار ٦/ ٨٧٣.

(٣) انظر ابن القيم: زاد المعاد ٤/٢٢٨ ـ ٢٢٩، الشوكاني: نيل الأوطار ٦/ ٨٧٣.

(٤) انظر المصادر ذاتها.

٦- قولهم إن الزوجة لا تملك الفسخ بإعسار الزوج بالنفقة كما لا تملكه بإعساره بالمهر، يجاب عنه بأنه لا يصح قياسه على النفقة لأن الضرورة لا تندفع إلا بها بخلاف الصداق، فهو نحلة وليس هو المقصود في النكاح، فلا يفسد النكاح بفساده أو ترك ذكره، ثم إن لها الحق في طلب التفريق بينها وبين الزوج إذا أعسر بمعجل صداقها[١].

ونوقشت أدلة القائلين بمنع التفريق بما يلي:

١- استدلالهم بقوله تعالى: ﴿... فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ...﴾ وأن عدم الإنفاق عليها يتنافى والإمساك بمعروف فيتعين التفريق؛ يجاب عنه بأن الزوجة التي يلحق بها الضرر بسبب إعسار زوجها عن الإنفاق عليها يمكن رفعه؛ بإذن القاضي لها أن تستدين على حساب الزوج، وهو أمر تستطيع فعله والقيام به[٢].

٢- واستدلالهم بقوله تعالى: ﴿... وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا ...﴾ [البقرة]. ، يجاب عنه بأنه استدلال خاطىء، حيث إن الآية لم ترد في محل النزاع بدليل ما قاله ابن عباس وجماعةٌ من التابعين أنها نزلت في الزوجة كان الزوج يطلقها فإذا شارفت عدتها على الانتهاء أعادها إلى عصمته بقصد الإضرار وإلحاق الأذى بها[٣].

٣- احتجاجهم بحديث أبي هريرة «يفرق بينهما» لا يصح، لأن سند الحديث فيه عبد الباقي بن نافع وهو ضعيف[٤].

٤- احتجاجهم بحديث أبي هريرة «تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني» لا يصح لسببين:

الأول: لما سئل أبو هريرة سمعتَ هذا من رسول الله؟ قال: لا، هذا من كيس أبي هريرة، فثبت أنه موقوف عليه بلا شبهة[٥].

---

(١) ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٨٦ ـ ٣٨٧.

(٢) ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٣٤٩ - ٣٥٠.

(٣) الزيلعي: تبيين الحقائق ٣/ ٥٤.

(٤) المصدر ذاته ٣/ ٥٥.

(٥) ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٣٥٢.

الثاني: لأنه ليس فيه إلاَّ حكاية قول المرأة: أطعمني أو فارقني، وليس فيه دلالة على أن الفراق واجب عليه إذا طلبت ذلك[1].

٥- احتجاجهم بقول سعيد بن المسيب: إنه السنة، يجاب عنه بأنه (لم يقل: إنها سنة رسول الله ﷺ، وحتى لو قاله لكان مرسلاً لا صحة فيه، وإنما أراد بلا شك أنه سُنَّةَ مَن دُونَه عليه الصلاة والسلام، فاضطرب المرويُّ عنه في ذلك)[2].

٦- احتجاجهم بأن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - كتب إلى أمراء الأجناد في رجالٍ غابوا عن زوجاتهم إما أن ينفقوا أو يطلِّقوا، يجاب عنه من وجهين:

الأول: إن عمر خاطب في كتابه الأغنياء القادرين على النفقة، لذا أمرهم أن يوفوا بالبقية من النفقة الماضية.

الثاني: قد صح عن عمر أنه أسقط طلب المرأة للنفقة إذا أعسر بها الزوج (لأن مذهبه إسقاط طلبها من المعسر)[3].

٧- أما قياسهم العجز عن النفقة على العجز عن المعاشرة بسبب العنة فيجاب عنه بأنه قياس مع الفارق، وهو باطل من وجهين:

الأول: إن العنة والجب يفُوتُ بهما مقصود النكاح وهو التوالد، والمال تابع فلا يلحق بما هو أصل، ولأن النفقة لا تفوت بل تتأخر وتبقى ديناً في ذمة الزوج فيمكن تداركها فلا تكون معارضة لإبطال حقه من الملك[4].

الثاني: أن حق الاستمتاع لا يصبح ديناً على الزوج إذا عجز عنه بخلاف النفقة[5].

٢- وقياسهم نفقة الزوجة على نفقة العبد أو الأمة باطل من وجهين:

---

(١) الزيلعي: تبيين الحقائق ٣/ ٥٤.

(٢) ابن حزم: المحلى ٩/٢٥٨ ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٣٥٢.

(٣) الزيلعي: تبيين الحقائق ٣/ ٥٥.

(٤) المصدر ذاته.

(٥) انظر الزيلعي: تبيين الحقائق ٣/ ٥٥، ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٣٥١.

الأول: نفقة العبد لا تصير ديناً في ذمة المالك بخلاف الزوجة، لأنه لا دين له على سيده.

الثاني: يختلف المملوك عن الزوجة؛ فإلزام السيد ببيعه عند العجز عن نفقته يؤدي إلى إبطال حق السيد إلى عوض هو ثمنه، وفيه تخليصه من الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد، بخلاف إلزام الزوج فرقة زوجته لعدم الإنفاق، ففيه إبطال حقه وهو لا يجوز[1].

والذي أراه التفريق بين الزوجين إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته؛ لما يلي:

١- قوة الأدلة التي ساقها الجمهور وصحة استدلالهم بها.

٢- ضعف أدلة الرأي المخالف وضعف الاستدلال بها.

٣- الأخذ بهذا الرأي فيه تحقيق العدل والإنصاف للمرأة ورفع الظلم عنها، وعدم تركها عرضة للهلاك وحياة الضنك والتعب، ووضع حد لمن يريد ظلم زوجته بعدم الإنفاق عليها مدعياً الإعسار.

٤- الأخذ بهذا الرأي لا يعني بالضرورة أن كل زوجة أعسر زوجها عن الإنفاق ستطالب بالتفريق، لكنه سيمكّن الزوجة التي تعرف أن زوجها يظهر الإعسار للتهرب من نفقتها قاصداً إيذاءها والإضرار بها.

٥- جاءت الشريعة الإسلامية لحفظ الضرورات الخمس، ومنها النفس، وإذا أغلقنا الباب أمام الزوجة التي أعسر زوجها عن الإنفاق عليها بمطالبته بالإنفاق أو فسخ الزواج للإعسار، فإننا نكون قد عرضنا هذه النفس للهلاك.

المطلب الثالث

التطليق لعدم الإنفاق في قوانين الأحوال الشخصية

أولاً: القانون المصري

المادة (٤): إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته؛ فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو

---

(١) انظر المصادر ذاتها.

موسر، ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلَّق عليه القاضي في الحال، وإن ادعى العجز فإن لم يثبته طلق عليه حالاً، وإن أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك.

المادة (٥): إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر، نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر عليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته عن نفسها، أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل، فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي. وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة.

المادة (٦): تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيًّا، وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إعساره واستعد للإنفاق في أثناء العدة، فإن لم يثبت إعساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة.

التعليق والإيضاح

يلاحظ أن معظم قوانين الأحوال الشخصية وبالأخص القانون الأردني ومشروع القانون الفلسطيني المقترح قد اقتبست المواد المتعلقة بالتطليق لعدم الإنفاق من قانون الأحوال الشخصية المصري باستثناء بعض المسائل الفرعية.

فالنص في القانون الأردني يختلف عنه في المصري بما يلي:

١- إذا أثبت الزوج أنه معسر أمهله القاضي في القانون المصري مدة لا تزيد على شهر، أما في القانون الأردني فيمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر، فالقانون المصري أقرب إلى العدالة في العمل، إضافة إلى أن التطليق لعدم الإنفاق والإمهال على وجه الخصوص أخذ فيه برأي عمر بن عبد العزيز الذي قال بإمهال الزوج لشهر أو شهرين[١].

(١) إبراهيم: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ص ٣٩٧.

٢- نص القانون الأردني على أن وقوع الطلاق لعدم الإنفاق رجعياً بعد الدخول وبائناً قبله، أما القانون المصري فقد نص على وقوع التطليق لعدم الإنفاق رجعياً، لكن شرّاح القانون بينوا أنه مقيد بكون تطليق القاضي بعد الدخول، وكان الأولى النص عليه في المادة أما النص في القانون الفلسطيني المقترح فيختلف عن المصري بما يلي:

١- تابع مشروع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني في إمهال الزوج إذا أثبت عسره القانون الأردني فأمهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر، وخالف في ذلك القانون المصري الذي أمهل الزوج مدة لا تزيد على شهر.

٢- وتابع مشروع القانون الفلسطيني القانون الأردني في وصف التطليق لعدم الإنفاق بالرجعي في المدخول بها؛ والبائن في غير المدخول بها، أما القانون المصري فلم ينص بوضوح على ذلك، وإن كان يفهم من خلال النص، والشروحات الموضوعة على القانون.

٣- خالف مشروع القانون الفلسطيني القانون المصري والأردني في مراجعة الزوج لزوجته أثناء العدة؛ بإثبات إعساره بدفع نفقة ثلاثة أشهر واستعداده للإنفاق وتقديم كفيل مليء لضمان الإنفاق على زوجته. فالقانون المصري اشترط أن يثبت الزوج إعساره ويبدي استعداده للنفقة فقط، أما القانون الأردني فقد اشترط على الزوج دفع نفقة ثلاثة أشهر وأن يبدي استعداده للنفقة.

وحبذا لو أخذت قوانين الأحوال الشخصية بما توجه إليه قانون الأحوال الشخصية الكويتي الذي اشترط على الزوج دفع النفقات السابقة كافة، وإذا تكرر رفع دعوى التطليق لعدم الإنفاق لأكثر من مرتين يعتبر الزوج مضراً بزوجته لها حق طلب التطليق للضرر ويقع التطليق حالة الضرر بائناً[1].

(١) انظر المصدر ذاته ص ٣٩٥ ـ ٣٩٩، السمني: الوجيز في الأحوال الشخصية ص ٤٢٨ ـ ٤٣٦، السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ١/ ٢٣٥، الغندور: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ص ٧٧٦ ـ٧٧٧، عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ص ٣٠٨ ـ ٣١٢.

ثانياً: القانون السوري

المادة (١١٠): ١- يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته، ولم يكن له مال ظاهر، ولم يثبت عجزه عن النفقة.

٢- إن أثبت عجزه أو كان غائباً أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما.

المادة (١١١): تفريق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيا وللزوج أن يراجع زوجته في العدة بشرط أن يثبت يساره ويستعد للإنفاق.

التعليق والإيضاح:

١- لم يفرق النص القانوني في حالة الغائب بين معلوم المكان ومجهول المكان في المعاملة من حيث الإمهال، فالغائب غيبة مجهولة لا تصل إليه الرسائل لا حاجة لإمهاله.

٢- لم تبين الفقرة الأولى من المادة (١١٠) التي أجازت للقاضي التفريق لعدم الإنفاق، هل يفرِّق القاضي في الحال أم يضرب له أجلاً، وهذا توضيح لا بد منه.

٣- لم تفرِّق المادة (١١١) بين الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها، حيث إن الطلاق الواقع قبل الدخول يقع بائناً وهو توضيح لابد من ذكره.

هذه المآخذ تجعل النص القانوني قاصراً لا يفي بالغرض؛ ولا يحقق الهدف الذي وضع من أجله، بل يوسع باب الخصومة ويجعل الخلاف والاختلاف كبيراً. يقول السباعي:

(ولم يفصل قانوننا في حالة الغياب بين ما إذا كان معلوم المكان أو مجهوله، وقال في ذلك القانون المصري: أنه إن كان معلوم المكان أرسل إليه بطلب الإنفاق على زوجته وأعطاه مهلة شهر لذلك، وإن كان مجهول المكان والغيبة بعيدة وثبت أنه لا مال له طلَّقَ عليه القاضي في الحال، وهو تفصيل حسن يجب الأخذ به؛ فلا معنى للإمهال مدة تمتد إلى ثلاثة أشهر إذا كان غير معلوم المكان وقد بعدت غيبته ولا مال له، إلا إطالة الضرر للزوجة)[1].

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ١/ ٢٤٠.

ثالثاً: القانون الأردني

المادة (١٢٧): إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ولم يقل أنه معسر أو موسر أو قال أنه موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال، وإذا ادعى العجز فإن لم يثبته طلق عليه حالا وإن أثبته أمهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك.

المادة (١٢٨): إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ حكم النفقة في ماله، وإن لم يكن له مال أعذر إليه القاضي وضرب له أجلا فإن لم يرسل ما تنفق منه الزوجة على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد الأجل وإن كان بعيد الأجل لا يسهل الوصول إليه، أو كان مجهول المحل وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي بلا إعذار وضرب أجل، وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة.

المادة (١٢٩): تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيا إذا كان بعد الدخول، أما إذا كان قبل الدخول فيقع بائنا، وإن كان الطلاق رجعيا فللزوج مراجعة زوجته أثناء العدة إذا أثبت يساره بدفع نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم لها عليه من نفقتها وياستعداده للإنفاق فعلا في أثناء العدة، فإذا لم يثبت يساره بدفع النفقة ولم يستعد للإنفاق فلا تصح الرجعة.

التعليق والإيضاح

تهاون كثير من الأزواج في الإنفاق على زوجاتهم مما ألحق ضرراً كبيراً بهن، فارتأى المشرِّع تحقيقاً للمصلحة ورفعاً للضرر الأخذ بجواز التفريق بين الزوجين لهذا السبب[1].

(١) داود: القرارت الاستئنافية في الأحوال الشخصية ٢/ ١٤٦.

رابعاً: القانون التونسي

الفصل (٣٩): لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر، إلا أن الحاكم يتلوم له بشهرين، فإن عجز بعد إتمامهم عن الإنفاق طلقت عليه زوجته، وإذا كانت الزوجة عالمة بعسره حين العقد فلا يحق لها طلب الطلاق.

الفصل (٤٠): إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال، ولم يترك لها نفقة ولم يقم أحد بالإنفاق عليها حال غيابه، ضرب له الحاكم أجلاً مدة شهر عسى أن يظهر، ثم طلق عليه بعد ثبوت ما سلف وحلّف المرأة على ذلك.

التعليق والإيضاح

١- في حالة إعسار الزوج ومطالبة الزوجة بالنفقة يمهله القاضي شهرين ليثبت خلالهما إعساره بالإنفاق.

٢- إذا انقضت المهلة ولم ينفق على زوجته طلّق عليه القاضي بعد عجزه عن الإنفاق.

٣- علم الزوجة بعسر الزوج قبل الزواج يسقط حقها في طلب التفريق للعجز عن الإنفاق.

٤- إذا غاب الزوج ولم يترك نفقة ولم يكن للزوجة مال، ولم يقم أحد بالإنفاق عليها أمهله القاضي مدة شهر واحد فقط كي يعود لينفق عليها.

٥- بعد إثبات الزوجة غيبة زوجها وعدم إنفاقه تحلف اليمين على دعواها قبل أن يطلقها القاضي.

ويؤخذ على النص القانوني ما يلي:

١- أنه حرم الزوجة العالمة بعسر الزوج قبل الزواج المطالبة بالتفريق رغم إجازتها في النصوص الفقهية، فالأخذ بها يمنح المرأة حق التخلص من العيش في بؤس مدى الحياة.

٢- أنه لم يميز بين الغيبة المعلومة والغيبة المجهولة وهذا أمر لا بد منه، لأن الغائب غيبة مجهولة ولا يعرف له محل إقامة لا حاجة في إمهاله وضرب أجل له، فكان الأولى بالمشرع النص على ذلك.

٢- إن عبارة «ولم يقم أحد بالإنفاق عليها حال غيابه» في الفصل (٤٠) من القانون توحي بعدم جواز طلب التفريق مع وجود منفق على الزوجة، وعليه فلو أنفق عليها والد الزوج أو شقيقه أو والد الزوجة أو شقيقها أو أحد أقربائه لم يحل لها طلب التفريق، وفي هذا إضرار بالمرأة لأن النفقة واجبة على الزوج، وربما جعل ذلك ذريعة للإضرار بزوجته بغيابه عنها إذا وجدت المنفق.

٣- لم يوضح الطلاق الذي يوقعه القاضي هل هو طلاق بائن أم رجعي، ولم يميز بين المدخول بها وغير المدخول بها، وهذا أمر لا بد من توضيحه والنص عليه.

٤- لم يتضمن امتلاك الزوج حق إرجاع زوجته أثناء العدة أو عدم امتلاكه، وكان الأولى بالمشرع التونسي أن يذكره بوضوح.

خامساً: القانون الكويتي

المادة (١٢٠): أ- إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته وليس له مال ظاهر ولم يثبت إعساره فلزوجته طلب التطليق، ويطلق القاضي عليه في الحال، وله أن يتوقّى التطليق بدفع نفقتها الواجبة من تاريخ منع الدعوى.

ب- إذا أثبت الزوج إعساره أو كان غائباً في مكان معلوم أو محبوساً وليس له مال

ظاهر أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر ولا تتجاوز ثلاثة أشهر، مضافاً إليها المواعيد المقررة للمسافة ليؤدي النفقة المذكورة، فإن لم ينفق طلقها عليه.

جـ- إذا كان الزوج غائباً في مكان مجهول أو مفقوداً وليس له مال ظاهر طلق عليه القاضي بلا إمهال.

المادة (١٢١): تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيًا، وللزوج أن يراجع زوجته في العدة إذا أثبت للمحكمة إعساره، بحيث يقدر على مداومة نفقتها واستعد للإنفاق.

المادة (١٢٢): إذا تكرر رفع الدعوى لعدم الإنفاق أكثر من مرتين وطلبت الزوجة التطليق للضرر طلقها القاضي عليه بائناً.

التعليق والإيضاح

يلاحظ التشابه الكبير بين القانونين الكويتي والأردني؛ وبالأخص في المادة (١٢٠) والمادة (١٢١) مع اختلاف في بعض المسائل، منها مثلاً:

١- أضاف النص الكويتي إلى الأجل مدة المسافات، وفي ذلك تحقيق للمساواة بين الخصوم.

٢- القانون الكويتي جعل المحبوس كالغائب في مكان معلوم، أما القانون الأردني فقد فرق بين المحبوس في مكان معلوم والمحبوس في مكان مجهول، وهذا في مصلحة المحبوس.

٣- أوجب القانون الكويتي على من يريد توقي التطليق لعدم الإنفاق دفع النفقة السابقة كاملة، أما القانون الأردني فقد جعله يتوقى التطليق بدفع ثلاثة أشهر، وفي الأخذ بالقانون الكويتي في هذه الفقرة أمر حسن.

٤- النص الكويتي جعل التطليق لعدم الإنفاق رجعيًا من غير تفريق بين المدخول بها وغير المدخول بها؛ مع أنه ذكر ذلك في المذكرة الإيضاحية، أما القانون الأردني فقد فرق بينهما، وكان الأولى بالمشرِّع الكويتي أن ينص على ذلك صراحة.

٥- في المادة (١٢٢) أحسن المشرِّع الكويتي صنعاً بقطع الطريق على الأزواج الذين يريدون الإضرار بزوجاتهم، لأن تكرار عدم الإنفاق لأكثر من مرتين يعني أن الزوج يحاول الإضرار بزوجته. فمن خلال نص المادة

تستطيع الزوجة رفع الأمر إلى القضاء وطلب التطليق للضرر، بالإضافة إلى وقوع الطلاق في هذه الحالة بائناً[1].

سادساً: مشروع القانون العربي الموحد

المادة (١١٧): أ- للزوجة طلب التطليق إذا امتنع زوجها عن الإنفاق عليها أو تعذر استيفاء النفقة منه وليس له مال ظاهر ولم يثبت إعساره.

ب- لا تطلق الزوجة لإعسار الزوج إذا كان بسبب خارج عن إرادته أو علمت الزوجة بعسره قبل الزواج ورضيت بذلك.

جـ- لا تُطلق الزوجة الموسرة على زوجها المعسر.

التعليق والإيضاح

من تلاوة النص القانوني نجد:

أ- نص القانون على أن للزوجة حق طلب التطليق إذا امتنع زوجها من الإنفاق عليها، أو تعذر استيفاء نفقتها منه، حالة عدم وجود مال له وإذا لم يستطع إثبات عسره.

ب- لا يجوز للزوجة طلب التطليق إذا أعسر الزوج لسبب خارج عن إرادته، كمن أصابته فاقة شديدة، أو تم فصله عن عمله.

جـ- لا يجوز للزوجة طلب التطليق إذا كانت تعلم بعسر الزوج ورضيت بذلك.

د- إذا كانت الزوجة موسرة ولها مال تنفق منه، فليس لها الحق في طلب التطليق.

ويؤخذ على النص ما يلي:

أ- أنه حرم الزوجة من طلب التطليق إذا أعسر لسبب خارج عن إرادته، كالذي فصلَ من عمله، أو كالذي أصابته فاقة شديدة أو جائحة على

---

(١) الغندور: المذكرة الايضاحية لقانون الاحوال الشخصية للقضاء في الكويت ص٧٧٦- ٧٧٧

مزروعاته، فإرغام الزوجة على العيش مع الذي لا يملك القوت والنفقة فيه إيذاء وإرهاق لها.

ب- لم يبح للزوجة طلب التطليق إذا تزوجته وهو في حالة عسرَه على اعتبار أنها رضيت بذلك قبل الزواج، وهذا أيضا فيه إرغام الزوجة على حياة الضنك والبؤس والشقاء، وهناك مذاهب فقهية تجيز للزوجة طلب التطليق حتى وإن علمت بعسره قبل الزواج.

جـ- لم يبح للزوجة طلب التطليق إذا كانت موسرة، وهذا أمر لا يقبل حتى ولو قاله بعض الفقهاء كابن حزم، لأنه ليس من المعقول ولا المقبول أن تعاقب الزوجة على يسارها فتحرم هذا الحق، كما أن النفقة وبإجماع أهل العلم واجبة على الرجل.

د- لم يذكر النص حق الزوجة في التطليق لتعذر تحصيل النفقة بسبب غياب الزوج، وهذا أمر لا بد من ذكره وإن ذُكِرَ في مواضع أخرى كالتطليق لغياب الزوج.

ج- لم يتعرض مشروع القانون لكيفية الرجعة في التطليق لتعذر تحصيل النفقة كما ورد في القانون المصري والسوري والأردني ومشروع القانون الفلسطيني.

هـ- اعتبر التطليق لعدم الإنفاق طلاقاً بائناً كما ورد في المادة (١٢٣) الواقع بعد الدخول، والتطليق الواقع قبل الدخول، ففي حين أن الأول رجعي فإن الثاني بائن.

سابعاً: مشروع القانون الفلسطيني

المادة (١٧٠): إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها، فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، فإذا لم ينفق عليها أو لم تستوف النفقة من صندوق النفقة طلقها القاضي في

الحال. وإذا ادعى العجز، فإن لم يثبته طلقها القاضي حالاً، وإن أثبته أمهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق طلقها بعد ذلك.

المادة (١٧١): إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذره القاضي بالطرق المقررة قانوناً، فإن لم يرسل إلى زوجته ما تنفق منه على نفسها ولم يحضر للإنفاق عليها طلقها القاضي بعد مضي الأجل، وإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو مفقوداً وثبت أن لا مال له تنفق منه الزوجة طلقها القاضي بلا إعذار وضرب أجل. وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة.

المادة (١٤٥): تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيا إذا كان بعد الدخول أما إذا كان قبل الدخول فيقع بائنا، وإذا كان الطلاق رجعيا فللزوج مراجعة زوجته أثناء العدة إذا ثبت يساره بدفع نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم لها علية من نفقتها وباستعداده للإنفاق عليها فعلا من خلال تقديم كفيل مليء لضمان الإنفاق عليها مستقبلاً، فإذا لم يثبت يساره بدفع النفقة ولم يستعد للإنفاق فلا تصح الرجعة.

التعليق والإيضاح

أخذ مشروع القانون الفلسطيني بمبدأ التفريق بين الزوجين للإعسار بالنفقة، واشترط دفع الزوج نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم عليه، وإبداء استعداده للإنفاق عليها بتقديم كفيل مليء لضمان الإنفاق عليها مستقبلاً.

يأتي هذا النص كي لا يقوم الزوج بدفع نفقة ثلاثة أشهر ويبدي استعداده للإنفاق ثم يمتنع عن النفقة فيما بعد، فتضطر الزوجة إلى رفع الدعوى مرة أخرى للمطالبة بالتطليق لعدم الإنفاق من قبل زوجها.

المطلب الرابع

إجراءات دعوى التطليق لعدم الإنفاق في المحاكم الشرعية الفلسطينية

الفرع الأول

إجراءات دعوى التطليق لعدم الإنفاق غيابياً

أولاً: لائحة الدعوى(١)

بسم الله الرحمن الرحيم

لدى محكمة القدس الشرعية الموقرة   الدعوى أساس ٢٠٠١/٣٢٠

المدعية: ميرفت عزمي مصباح عبد الله، من القدس وسكانها.

المدعى عليه: عبد الجواد محمد عليان خالد، من القدس وسكان عمان سابقاً، ومجهول محل الإقامة حالياً، وآخر محل إقامة له في القدس بيته الكائن في وادي الجوز مقابل باب العامود.

موضوع الدعوى: طلب التطليق لعدم الإنفاق.

وقائع الدعوى

١- المدعية زوجة ومدخولة بصحيح العقد الشرعي للمدعى عليه بموجب وثيقة عقد الزواج الصادرة عن محكمة القدس الشرعية؛ والمنظمة بمعرفة المأذون الشرعية التابع لها الشيخ مصطفى الطويل؛ الصادرة بتاريخ ١٩٩/٨/٣٠م والحاملة للرقم (٣٢٥١٥٦).

---

(١) سيتم السير في هذه الدعوى وفق قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني المعمول به وفق المرسوم الرئاسي الصادر عن رئيس دولة فلسطين.

٢- حكم للمدعيـة بنفقة زوجية على المدعى عليه مـقدارها مائة دينار أردني شهـرياً لسائر لوازمها الـشرعية بموجب إعـلام الحكم الصادر عن محكمـة القدس الشرعـية في الدعوى أساس ٩٨/ ٢٠٠٠ بتـاريخ ٣٠/ ١٢/ ٢٠٠٠؛ والمسجل في السجل رقم ٢١/ ٩٥/ ٧٤؛ والمكتسب للدرجة القطعية.

٣- قـامت المدعيـة بطرح الحكم المذكور لـلتنفيـذ لدى دائرة إجراء القـدس بموجب القضيـة الإجرائية رقم ١٧٩/ ٢٠٠١، حيث قامت الدائـرة المذكورة بتبليغ المدعى عليه (المحكوم عليـه) للحضور لدفع النفقـة الزوجية المحكوم بها للمـدعية (المحكوم لها)، إلا أنه - رغم اتخـاذ واستنفاد الإجـراءات القانونية اللازمة بحـقه حسب قانون الإجراء - لم يدفع للمدعية النفقة المحكوم بها؛ ولكونه أيضا مجهول مكان الإقامة.

٤- لم يدفع المدعى عليه النفـقة المحكوم بها أو أي جزء منها للمـدعية منذ تاريخ فـرضهـا بتاريخ الطلب الواقع في ١٦/ ١١/ ٢٠٠٠م حـتى الآن، ولا يمكن تحصيل النفقة المحكوم بها لأنه لا مال له مطلقاً يمكن تحصيلها منه، ولكونه مجهول محل الإقامة أيضاً.

٥- البينات خطية وشخصـية تحصر وتقدم أثناء المحاكمة، ومنهـا وثيقة عقد الزواج وإعلام حكم النفقة ومشروحات دائرة إجراء القدس.

٦- لهذه المحكمة الموقرة صلاحية الفصل والنظر في هذه الدعوى.

الطلب

تلتمس المدعية من المحكمة الموقرة ما يلي:

١- تبليغ نسخة من لائحة الدعوى للمدعى عليه.

٢- تعيين موعد للنظر في هذه الدعوى.

٣- غَبَّ المحاكـمة والثـبوت الحكم بتطليق المدعـية من المدعى عليـه بطلقة واحدة رجـعية؛ لعدم دفع النـفقة وتعذر تحـصيلها عـملاً بأحكام المادة (١٢٨) من قانون الأحوال الشخصية.

٤- تضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف.

واقبلوا الاحترام

تحريراً في ٢٠٠١/٩/١٢

توقيع المدعية

ثانياً: مذكرة التبليغ

ورقة دعوة

لسلطة الوطنية الفلسطينية — الدعوى أساس ٣٢٠ / ٢٠٠١

ديوان قاضي القضاة المحاكم الشرعية

محكمة القدس الشرعية

المدعية: ميرفت عزمي مصباح عبد الله؛ من القدس وسكانها.

المدعى عليه: عبد الجواد محمد عليان خالد؛ من القدس وسكان وادي الجوز مقابل باب العامود.

يقتضي حضورك إلى محكمة القدس الشرعية يوم الأربعاء الواقع في ٢٠٠١/٩/١٩

الساعة ٩ صباحاً للنظر في الدعوى أساس ٢٠٠١/٣٢٠ المقامة عليك من قبل المدعية، فإذا لم تحضر أو ترسل وكيلاً تنظر الدعوى بحقك غيابياً.

توقيع الشاهد — توقيع الشاهد — توقيع المبلغ إليه

قاضي القدس الشرعي

توقيع القاضي وختم المحكمة

فضيلة قاضي القدس الشرعي:

انتقلت أنا محضر محكمة القدس الشرعية نافذ نظام الخالدي لتبليغ المدعى عليه عبد الجواد محمد عليان خالد فلم أجده ولم أجد من يتبلغ عنه أثناء التبليغ،

لذلك فقد تم الإستيضاح من الشاهدين هشام طاهر عليان الحسيني وعلاء أحمد خليل البكري عن المدعى عليه المذكور فأفادا أن المدعى عليه المذكور غير موجود في القدس ولا فلسطين وأنه يقيم في الأردن في العاصمة عمان ولا يعرف محل إقامة له فيها، وذلك كله بعد البحث والتحري وبذل الجهد لذا فقد تم إعادة الأوراق لفضيلتكم دون تبليغ لتقوموا بإجراء المقتضى حسب الأصول.

تحريرا في ٢٠٠١/٩/١٢ م.

توقيع المحضر　　　　توقيع الشاهد　　　　توقيع الشاهد

ثالثاً: إجراءات السير في الدعوى

بسم الله الرحمن الرحيم

في اليوم المعين وفي المجلس الشرعي المعقود لدي أنا تيسير رجب التميمي قاضي القدس الشرعي حضرت المدعية المكلفة شرعاً، والمعروفة لدينا ذاتاً بهويتها الشخصية ميرفت عزمي مصباح عبد الله من القدس وسكانها.

ونودي على المدعى عليه عبد الجواد محمد عليان خالد من القدس وسكان عمان سابقاً ومجهول محل الإقامة حالياً، وآخر محل إقامة له في القدس بيته الكائن في وادي الجوز مقابل باب العامود فلم يحضر ولم يوكل ولم يعتذر. وتبين من مشروحات محضر هذه المحكمة بأنه انتقل لتبليغ المدعى عليه عبد الجواد المذكور فلم يجده ولم يجد من يتبلغ عنه أثناء التبليغ، وقد استوضح من الشاهدين الموقعين على ورقة الدعوى بأن المدعى عليه غير موجود في القدس ولا في فلسطين، وأنه يقيم في الأردن في العاصمة عمان ولا يعرف محمل إقامة له فيها، ذلك كله بعد البحث والتحري وبذل الجهد، لذا فقد أعاد الأوراق بغير تبليغ.

قالت المدعية: ألتمس من المحكمة الموقرة اعتبار المدعى عليه مجهول محل الإقامة؛ وتبليغه بموجب المادة (٢٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

المحكمة تقرر إجابة طلب المدعية واعتبار المدعى عليه مجهول محل الإقامة، وتبليغه الحضور وفق أحكام المادة (٢٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية لقناعة المحكمة بتعذر تبليغه وفق الطرق الاعتيادية، وتبليغه حضور الجلسة القادمة بنشر

إعلان في إحدى الصحف المحلية اليومية، ونسخة ثانية على لوحة إيوان هذه المحكمة وثالثة على باب آخر محل إقامة له، وتأجيل النظر في هذه الدعوى ليوم الأحد ٢١/ ١٠/ ٢٠٠١ الساعة التاسعة صباحاً.

أفهم علناً حسب الأصول. تحريرا في ٢/ رجب/ ١٤٢٢هـ وفق ١٩/ ٩/ ٢٠٠١م.

توقيع المدعية　　　　توقيع الكاتب　　　　توقيع القاضي

في اليوم المعين حضرت المدعية ميرفت المذكورة، ونودي على المدعى عليه عبد الجواد المذكور فلم يحضر ولم يوكل ولم يعتذر؛ مع أنه تبلغ موعد هذه الجلسة وفق ما تقرر في جلسة المحكمة السابقة؛ بنشر إعلان في صحيفة الحياة الجديدة اليومية في العدد رقم ٢١٨٨ على الصفحة ١٤ بتاريخ ٢٠/ ٩/ ٢٠٠١، وبتعليق إعلان على لوحة إيوان هذه المحكمة، وإعلان ثالث على باب آخر بيت كان يقيم فيه المدعى عليه عبد الجواد المذكور.

قالت المدعية ميرفت: ألتمس محاكمة المدعى عليه غيابيًّا. المحكمة تقرر إجابة الطلب ومحاكمة المدعى عليه عبد الجواد المذكور غيابيًّا.

بوشرت إجراءات المحاكمة الغيابية علناً، فتليت لائحة الدعوى من المدعية وكررتها وقررتها، وطلبت الحكم بمضمونها وتضمين المدعى عليه عبد الجواد المذكور الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

المحكمة تكلف المدعية ميرفت إثبات دعواها.

قالت المدعية: إنني أثبت دعواي بالبينتين الخطية والشخصية، أما بينتي الخطية فهي وثيقة عقد زواجي من عبد الجواد المدعى عليه، وإعلام حكم بالنفقة صادر عن محكمة القدس الشرعية، وشهادة صادرة عن دائرة إجراء القدس وأبرزها للمحكمة على التوالي. أبرزت المدعية وثيقة عقد زواج.

المحكمة: ومن تلاوتها للوثيقة تبين أنها تتضمن وثيقة عقد زواج صادرة عن محكمة القدس الشرعية في السلطة الوطنية الفلسطينية بتاريخ ٣٠/ ٨/ ١٩٩٩ تحمل الرقم (٣٢٥١٥٦) اسم الزوج عبد الجواد محمد عليان خالد من القدس وسكان

عمان، اسم الزوجة ميرفت عزمي مصباح عبد الله من القدس وسكانها، إلى آخر ما جاء في الوثيقة المذكورة، وبعد تلاوتها والاطلاع عليها حفظت صورة طبق الأصل عنها بين أوراق هذه الدعوى؛ بعد أن تبين للمحكمة أنها خالية عن شائبتي التصنيع والتزوير بعد مقابلتها مع الأصل، وأبرزت إعلام حكم صادر عن محكمة القدس الشرعية في الدعوى أساس ٢٠٠١/٩٨ مؤرخاً بتاريخ ٢٠٠٠/١٢/٣٠، يتضمن اسم المدعية ميرفت عزمي مصباح عبد الله، اسم المدعى عليه عبد الجواد محمد عليان خالد من القدس وسكان عمان سابقاً؛ ومجهول محل الإقامة حالياً فيها، وآخر محل إقامة له في بيته في وادي الجوز في القدس مقابل باب العامود، موضوع الدعوى طلب نفقة زوجة، من تلاوة إعلام الحكم المذكور وجد يتضمن الحكم للمدعية ميرفت المذكورة على زوجها المدعى عليه عبد الجواد المذكور بمبلغ مائة دينار أردني نفقة شهرية لها على زوجها المدعى عليه عبد الجواد المذكور؛ لسائر لوازمها الشرعية حسب حال المدعى عليه وأمثاله، ومن تلاوته تبين أنه خال عن شائبتي التصنيع والتزوير، فحفظت صورة طبق الأصل عن إعلام الحكم المذكور بين أوراق هذه الدعوى، وأبرزت المدعية كتاباً صادراً عن وزارة العدل في السلطة الوطنية الفلسطينية تتضمن: مأمور دائرة إجراء القدس بتاريخ ٢٠٠١/٩/١١ رقم ٢٠٠١/١٧٩ تشهد دائرة إجراء القدس أن المحكوم لها ميرفت عزمي مصباح عبد الله قد طرحت الحكم الصادر عن محكمة القدس الشرعية في الدعوى أساس ٢٠٠٠/٩٨ بتاريخ ٢٠٠٠/١٢/٣٠ وموضوعها نفقة زوجة؛ ضد المحكوم عليه عبد الجواد محمد عليان خالد من القدس وسكان عمان سابقاً ومجهول محل الإقامة حالياً للتنفيذ، إلا أن المحكوم عليه لم يدفع لها مبلغ الدين (النفقة الزوجية) أو أي جزء منها حتى الآن؛ رغم انقضاء مدة الانتظار ولا زالت ذمته مشغولة به، ولم تتمكن دائرة الإجراء من تحصيل النفقة المحكوم بها أو أي جزء منها وتعذر تحصيلها من المدعى عليه لأنه لا مال له، بعد تلاوة الكتاب المذكور وجد خالياً عن شائبتي التصنع والتزوير فحفظ الأصل يبين أوراق هذه الدعوى.

قالت المدعية: أما بيِّنتي الشخصية فألتمس من المحكمة إمهالي لتسمية شهودي الذين سيشهدون في هذه الدعوى ليوم آخر.

المحكمة: حيث الأمر كما ذكرت المدعية ميرفت فإنها تقرر إجابة الطلب وتأجيل الدعوى ليوم الأحد ٢٨/ ١٠/ ٢٠٠١ الساعة التاسعة صباحاً.

أفهم علناً حسب الأصول. تحريرا في ٥/ شعبان/ ١٤٢٢هـ وفق ٢١/ ١٠/ ٢٠٠١ م.

توقيع المدعية　　　　توقيع الكاتب　　　　توقيع القاضي

في اليوم المعين حضرت المدعية ميرفت المذكورة، ونودي على المدعي عليه عبد الجواد المذكور فلم يحضر كالسابق، وبسؤال المدعية عما استمهلت من أجله قالت: أما بينتي الشخصية فهي شهادة كل واحد من الشهود رائد شاكر عزمي عبد الله، وسامر شاكر عزمي عبد الله، وشاكر عزمي مصباح عبد الله، وعرفات عزمي مصباح عبد الله، وعمار عرفات عزمي عبد الله، جميعهم من القدس وسكانها وهم شهودي فقط ولا شاهد لي سواهم، وإنني أحصر بينتي بمن ذكرت من الشهود، وقد أحضرت بعضاً من شهودي ألتمس سماع شهادة من حضر منهم.

وبالنداء حضر الشاهد المسمى الرجل المكلف شرعاً، والمعروف لدينا ذاتاً بهويته الشخصية، وهو من جائزي الشهادة رائد شاكر عزمي عبد الله من القدس وسكانها، وغِبَّ الاستشهاد الشرعي منه شهد بعد أدائه القسم قائلاً: (والله العظيم إنني أعرف المدعية ميرفت عزمي مصباح عبد الله من القدس وسكانها، وأعرف المدعى عليه عبد الجواد محمد عليان خالد من القدس وسكان عمان سابقاً ومجهول محل الإقامة حالياً، وآخر محل إقامة له في القدس في بيته الكائن في منطقة وادي الجوز مقابل باب العامود، وإنني أعرف الطرفين المتداعيين من غير عداوة ظاهرة ولا قرابة مانعة، وإن المدعية ميرفت هي عمتي، والمدعى عليه عبد الجواد المذكور هو زوج وداخل بصحيح العقد الشرعي للمدعية ميرفت، وقد حكم للمدعية بنفقة على زوجها عبد الجواد المدعى عليه مقدارها مائة دينار أردني شهرياً، لسائر لوازمها الشرعية بموجب إعلام الحكم الصادر عن محكمة القدس الشرعية في الدعوى أساس ٩٨/ ٢٠٠٠ بتاريخ ٣٠/ ١٢/ ٢٠٠٠، وإن المدعية ميرفت قامت بطرح حكم النفقة للتنفيذ في دائرة إجراء القدس، إلا أنها لم تتمكن

من تنفيذ هذا الحكم ولا تحصيل أي جزء من النفقة فيه، وإنه لا يوجد للمدعى عليه عبد الجواد المذكور مال على الإطلاق يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه بأية طريق من طرق التنفيذ القانونية، وهو مجهول محل الإقامة، وإن المدعى عليه عبد الجواد المذكور لم يقم بدفع أي جزء من النفقة للمدعية لا باليد ولا بالواسطة، ولم يُحِلْها بالنفقة على أحد، وهذه شهادتي وبها أشهد والله على ما أقول وكيل وشهيد).
ولا مناقشة للشاهد من قبل المدعية.

توقيع الشاهد:

وبالنداء حضر للشهادة وأدائها الشاهد المسمى الرجل المكلف شرعاً، والمعروف لدينا ذاتاً بهويته الشخصية عمار عرفات عزمي عبد الله من القدس وسكانها، وغَبَّ الاستشهاد الشرعي منه شهد بعد أدائه القسم قائلاً: (والله العظيم إنني أعرف المدعية ميرفت عزمي مصباح عبد الله من القدس وسكانها، وأعرف المدعى عليه عبد الجواد محمد عليان خالد من القدس وسكان عمان سابقاً، ومجهول محل الإقامة حالياً وآخر محل إقامة له في القدس في بيته في وادي الجوز مقابل باب العامود، وإنني أعرف الطرفين المتداعيين من غير عداوة ظاهرة ولا قرابة مانعة، وإن المدعية ميرفت هي عمتي، وإن المدعى عليه عبد الجواد المذكور هو زوج وداخل بصحيح العقد الشرعي للمدعية ميرفت، وقد حكم للمدعية ميرفت المذكورة بنفقة على زوجها المدعى عليه عبد الجواد المذكور مقدارها مائة دينار أردني شهريًّا لسائر لوازمها الشرعية، بموجب إعلام الحكم الصادر عن محكمة القدس الشرعية في الدعوى أساس ٩٨/ ٢٠٠٠ بتاريخ ٣٠/ ١٢/ ٢٠٠٠، وإن المدعية ميرفت المذكورة قد قامت بطرح حكم النفقة للتنفيذ في دائرة إجراء القدس إلا أنها لم تتمكن من تنفيذ حكم النفقة فيه بأية طريق من طرق التنفيذ القانونية، وإن المدعى عليه عبد الجواد المذكور مجهول محل الإقامة، وإن المدعى عليه عبد الجواد المذكور لم يقم بدفع النفقة أو أي جزء منها للمدعية ميرفت المذكورة لا باليد ولا بالواسطة ولم يحلها أحد ولا مال له على الإطلاق، وهذه شهادتي وبها أشهد). ولا مناقشة للشاهد من قبل المدعية.

توقيع الشاهد:

قالت المدعية ميرفت: لقد قامت البينة على دعواي، ألتمس من المحكمة الموقرة إجراء الإيجاب الشرعي.

المحكمة: وبعد تدقيقها لشهادة كل واحد من الشاهدين رائد عرفات عزمي عبد الله وعمار عرفات عزمي عبد الله؛ تبين لها أنها قد طابقت دعوى المدعية ميرفت المذكورة، لذلك فإنها تقرر قناعتها بها وقبولها والاعتماد عليها.

وعليه؛ وحيث أثبتت المدعية ميرفت المذكورة دعواها بالبينة الخطية الرسمية المبرزة المشار إليها، والبينة الشخصية المقنعة، فإنها تقرر أنه لم يبق ما يقال في هذه الدعوى، وتسأل المدعية ميرفت عن كلامها الأخير، فطلبت إجراء الإيجاب الشرعي. وعليه؛ ولتوفر أسباب الحكم فقد أعلنت ختام المحاكم، وأصدرت القرار التالي باسم الله تعالى.

أفهم علناً حسب الأصول. تحريراً في ١٢/شعبان/١٤٢٢هـ وفق ٢٨/ ١٠/ ٢٠٠١م.

توقيع المدعية	توقيع الكاتب	توقيع القاضي

رابعاً: القرار الابتدائي

القرار

بناء على الدعوى والطلب والبينتين الخطية المبرزة والشخصية المقنعة، وتوفيقاً للإيجاب الشرعي، وسنداً للمادتين ١٨١٨ و ١٨١٩ من مجلة الأحكام العدلية، والمادتين ٦٧ و ٧٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية، والمادتين ١٢٨ و ١٢٩ من قانون الأحوال الشخصية، فقد حكمت بتطليق المدعية ميرفت عزمي مصباح عبد الله من زوجها المدعى عليه عبد الجواد محمد عليان خالد بطلقة واحدة رجعية للامتناع عن دفع النفقة لزوجته المدعية ميرفت، ما لم تكن مسبوقة منه بطلقتين، وأن عليها العدة الشرعية اعتباراً من تاريخه أدناه، وأن له الحق في إرجاعها إلى عصمته وعقد نكاحه خلال عدتها الشرعية إذا أثبت يساره بدفع نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم لها عليه من نفقتها، واستعداده للإنفاق عليها فعلاً أثناء العدة الشرعية، وضمّنتُ المدعى عليه عبد الجواد المذكور الرسوم والمصاريف حكماً غيابياً قابلاً

للاعتراض والاستئناف وتابعاً له، وموقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية الموقرة.

أفهم علناً حسب الأصول. تحريرا في ١٢/ شعبان/ ١٤٢٢ وفق ٢٨/ ١٠/ ٢٠٠١.

توقيع الكاتب توقيع القاضي

خامساً: مذكرة تبليغ الحكم الابتدائي

مذكرة تبليغ حكم صادر عن محكمة القدس الشرعية[1]

في الدعوى أساس ٣٢٠/ ٢٠٠١

السلطة الوطنية الفلسطينية

ديوان قاضي القضاة / المحاكم الشرعية

المحكمة الشرعية: القدس

إلى المدعى عليه: عبد الجواد محمد عليان خالد، من القدس وسكان عمان سابقاً ومجهول محل الإقامة حالياً، وآخر محل إقامة له في بيته في وادي الجوز مقابل باب العامود.

أبلغك أنه بتاريخ ٢٨/ ١٠/ ٢٠٠١م صدر الحكم في الدعوى أساس ٣٢٠/ ٢٠٠١ المقامة عليك من زوجتك ومدخولتك بصحيح العقد الشرعي المدعية ميرفت عزمي مصباح عبد الله من القدس وسكانها، وموضوعها طلب التطليق لعدم الإنفاق، بتطليق زوجتك المدعية ميرفت المذكورة بطلقة واحدة رجعية للامتناع عن دفع النفقة، وأن عليها العدة الشرعية اعتباراً من تاريخه أدناه، وأن لك الحق في مراجعتها خلال العدة إذا أثبتَ يسارك بدفع نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم لها عليك من نفقتها؛ وباستعدادك للإنفاق عليها فعلاً أثناء العدة، وضمنتك الرسوم

(١) سنداً للمادة رقم ٢٣ من قانون أصول المحاكمات الشرعية تنشر هذه المذكرة في ثلاثة أماكن هي:
أ - إحدى الصحف المحلية اليومية.
ب - لوحة إعلانات إيوان المحكمة.
ت - باب آخر محل إقامة للمدعى عليه.

والمصاريف حكماً غيابياً قابلاً للاعتراض والاستئناف وتابعاً له، وموقوف النفاذ على تصديقه من محكمة الاستئناف الشرعية الموقرة.

وعليه صار تبليغك حسب الأصول.

تحريرا في ١٢/ شعبان / ١٤٢٢هـ وفق ٢٨/ ١٠/ ٢٠٠١م

توقيع قاضي القدس الشرعي

سادسا: قرار محكمة الاستئناف الشرعية

السلطة الوطنية الفلسطينية

ديوان قاضي القضاة / المحاكم الشرعية

محكمة الاستئناف الشرعية / القدس

هيئة المحكمة

الرئيس:...

العضو:...

العضو:...

المدعية: ميرفت عزمي مصباح عبد الله؛ من القدس وسكانها.

المدعى عليه: عبد الجواد محمد عليان خالد؛ من القدس وسكان عمان سابقا ومجهول محل الإقامة حاليا وآخر محل إقامة له في بيته في القدس في واد الجوز مقابل باب العامود.

موضوع الاستئناف: تطليق لعدم الإنفاق.

الحكم المستأنف: غيابي صادر عن محكمة القدس الشرعية في الدعوى أساس ٢٠٠١/٣٢٠ بتاريخ: ٢٨/ ١٠/ ٢٠٠١ تحت رقم ٣٢٠/ ٢٣٢/ ٢٤٣ مبلغ بالنشر بتاريخ ٢٩/ ١٠/ ٢٠٠١.

رقم الاستئناف: ١٥٩/ ٢٠٠١

تاريخ الاستئناف: ١/ ١٢/ ٢٠٠١م، تم رفعه بموجب المادة (١٣٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

القرار الصادر باسم الله تعالى

بعد الاطلاع على محضر الدعوى وسائر الأوراق المتعلقة بها تبين ما يلي:

١- أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها بتطليق المدعية ميرفت المذكورة من زوجها المدعى عليه عبد الجواد المذكور بطلقة واحدة رجعية؛ للامتناع عن دفع النفقة ما لم تكن مسبوقة منه بطلقتين، وأن عليها العدة الشرعية اعتباراً من تاريخ الحكم المذكور، وأن له الحق في مراجعتها خلال العدة إذا أثبت يساره بدفع نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم لها عليه من نفقتها، وباستعداده للإنفاق عليها فعلاً أثناء العدة الشرعية، وتضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف؛ بناء على الدعوى والطلب والبينتين الخطية والشخصية وسنداً للمادتين ١٨١٨ و ١٨١٩ من مجلة الأحكام العدلية، والمادتين ٦٧ و ٧٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية، والمادتين ١٢٨ و ١٢٩ من قانون الأحوال الشخصية.

٢- ولدى التدقيق تبين أن الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بتطليق المدعية ميرفت المذكورة من زوجها الداخل بها بصحيح العقد الشرعي المدعى عليه عبد الجواد المذكور بطلقة واحدة رجعية للامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها لها عليه؛ وقدرها مائة ديناراً أردني شهرياً بموجب الحكم الصادر عن محكمة القدس الشرعية بتاريخ ٣٠/ ١٢/ ٢٠٠٠ المسجل تحت رقم ٢١/ ٩٥/ ٧٤ في الدعوى أساس ٩٨/ ٢٠٠٠ ما لم تكن مسبوقة منه بطلقتين، وأن عليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخ الحكم وأن له الحق في مراجعتها خلال العدة الشرعية إذا أثبت يساره بدفع نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم عليه لها من نفقتها وباستعداده للإنفاق عليها فعلا أثناء العدة مع تضمين المدعي عليه الرسوم والمصاريف بناء على الدعوى والطلب والبينتين الخطية والشخصية وللمواد التي سبق التنويه إليها في الحكم صحيح موافق للوجه الشرعي فتقرر تصديقه.

تحريرا في ١٤/ شوال/ ١٤٢٢هـ وفق ٢٩/ ١٢/ ٢٠٠٠.

رئيس محكمة الاستئناف الشرعية

سابعاً: مذكرة تبليغ القرار الاستئنافي

مذكرة تبليغ قرار استئنافي صادر عن

محكمة القدس الشرعية في الدعوى ٢٠٠١/٣٢٠[١]

السلطة الوطنية الفلسطينية

ديوان قاضي القضاة/ المحاكم الشرعية

المحكمة الشرعية: القدس

إلى المدعى عليه: عبـد الجواد محمد عليان خالد من الـقدس وسكان عمان سابقاً، ومجهول محل الإقامة حـالياً، وآخر محل إقامة له في بيته في القدس في وادي الجوز مقابل باب العامود.

أبلغك أن الحكم الصـادر في الدعوى أسـاس ٢٠٠١/٣٢٠ والمتكونة بينك وبين زوجتك ومدخولتك بصحيح العقد الشرعي المدعية ميرفت عزمي مصباح عبد الله من القدس وسكانـها وموضـوعها التطليق لعـدم الإنفاق قـد عاد مصـدقاً من محكمة الاسـتئناف الشرعيـة بالقرار الاستئنافي رقم ٢٠٠١/٣٥٩ الـصادر بتاريخ ٢٩/١٢/٢٠٠١.

وعليه فقد صار تبليغك ذلك حسب الأصول.

تحريرا في ٢٦/ شوال/ ١٤٢٢ هـ وفق ١٠/ ١/ ٢٠٠٢م

توقيع قاضي القدس الشرعي

---

(١) يتم نشر هذه المذكرة المتضمنة للقرار الاستئنافي الصادر في الحكم:

أ - بالإعلان في احدى الصحف اليومية المحلية.

ب - بتعليق نسخة على لوحة إعلانات إيوان المحكمة.

ت - بتعليق نسخة على باب آخر محل إقامة للمدعى عليه.

الفرع الثاني
إجراءات دعوى التطليق لعدم الإنفاق حضورياً

أولاً: لائحة الدعوى

بسم الله الرحمن الرحيم

لدى محكمة القدس الشرعية الموقرة   الدعوى أساس ٢٣٠/ ٢٠٠١

المدعية: ميرفت عزمي مصباح عبد الله؛ من القدس وسكانها.

المدعى عليه: عبد الجواد محمد عليان خالد؛ من القدس وسكانها، وعنوانه للتبليغ وادي الجوز مقابل باب العامود.

موضوع الدعوى: طلب التطليق لعدم الإنفاق.

وقائع الدعوى

١- المدعية زوجة غير مدخولة ولا مختلى بها الخلوة الشرعية الصحيحة بصحيح العقد الشرعي للمدعى عليه، بموجب وثيقة عقد الزواج الصادرة عن محكمة القدس الشرعية، والمنظمة بمعرفة المأذون الشرعي التابع لها الشيخ مصطفى الطويل، الصادرة بتاريخ ٣٠/ ٨/ ١٩٩٩ والحاملة للرقم (٣٢٥١٥٦).

٢- حكم للمدعية على المدعى عليه نفقة مقدارها مائة دينار أردني شهرياً لسائر لوازمها الشرعية، بموجب إعلام الحكم الصادر عن محكمة القدس الشرعية في الدعوى أساس ٩٨/ ٢٠٠٠ بتاريخ ٣٠/ ١٢/ ٢٠٠٠، والمسجل في السجل رقم ٢١/ ٩٥/ ٧٤، والمكتسب للدرجة القطعية.

٣- قامت المدعية بطرح الحكم المذكور للتنفيذ لدى دائرة إجراء القدس بموجب القضية الإجرائية رقم ١٧٩/ ٢٠٠١، حيث قامت الدائرة المذكورة بتبليغ المدعى عليه، إلا أنه - رغم اتخاذ واستنفاد الإجراءات القانونية بحقه حسب قانون الإجراء - لم يدفع للمدعية النفقة المحكوم بها.

٤- لم يدفع المدعى عليه النفقة المحكوم بها أو أي جزء منها للمدعية منذ تاريخ فرضها بتاريخ الطلب الواقع في ١٦/١١/٢٠٠٠م وحتى اللحظة، ولا يمكن تنفيذ وتحصيل النفقة المحكوم بها لأنه لا مال له مطلقاً يمكن تحصيل النفقة المحكوم بها.

٥- لمحكمتكم الموقرة صلاحية النظر في هذه الدعوى.

٦- البينات خطية وشخصية، تحصر وتقدم أثناء المحاكمة، ومنها وثيقة عقد زواج الطرفين المتداعيين، وإعلام حكم بالنفقة، ومشروحات دائرة إجراء القدس.

الطلب

تلتمس المدعية من المحكمة الموقرة مايلي:

١- تبليغ نسخة من لائحة الدعوى للمدعى عليه.

٢- تعيين موعد للنظر في هذه الدعوى.

٣- غبَّ المحاكمة والثبوت الحكم بتطليق المدعية من المدعى عليه بطلقة واحدة بائنة لعدم الدخول والخلوة، ولعدم دفع النفقة وتعذر تحصيلها عملاً بأحكام المادة (١٣٩) من قانون الأحوال الشخصية.

٤- تضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف.

واقبلوا الاحترام

تحريرا في١٢/٩/٢٠٠١

توقيع المدعية

ثانياً: مذكرة التبليغ

ورقة دعوة

السلطة الوطنية الفلسطينية

ديوان قاضي القضاة / المحاكم الشرعية

محكمة القدس الشرعية رقم الدعوى الأساسي ٢٠٠١/٣٢٠

المدعية: ميرفت عزمي مصباح عبد الله؛ من القدس وسكانها.

المدعى عليه: عبد الجواد محمد عليان خالد؛ من القدس وسكان وادي الجوز مقابل باب العامود.

يقتضي حضورك إلى محكمة القدس الشرعية يوم الأربعاء الواقع في ٢٠٠١/٩/١٩ م الساعة التاسعة صباحاً للنظر في الدعوى أساس ٢٠٠١/٣٢٠ المقامة عليك من المدعية، فإذا لم تحضر أو ترسل وكيلاً تنظر الدعوى بحقك غيابياً.

قاضي القدس الشرعي

توقيع القاضي وختم المحكمة

فضيلة قاضي القدس الشرعي المحترم

انتقلت أنا محضر محكمة القدس الشرعية نافذ نظام الخالدي لتبليغ المدعى عليه عبد الجواد محمد عليان خالد فوجدته في منزله وقمت بتبليغه بالذات بحضور الشاهدين هشام طاهر عليان الحسيني وعلاء أحمد خليل البكري راجيا إجراء المقتضى حسب الأصول.

تحريرا في ٢٠٠١/٩/١٢م.

توقيع المحضر توقيع الشاهد

توقيع الشاهد توقيع المبلغ إليه

بسم الله الرحمن الرحيم

في اليوم المعين وفي المجلس الشرعي المعقود لدي أنا تيسير رجب التميمي قاضي القدس الشرعي حضرت لدي المدعية المكلفة شرعاً، والمعروفة لدينا ذاتاً بهويتها الشخصية ميرفت عزمي مصباح عبد الله من القدس وسكانها، وحضر بحضورها الرجل المكلف شرعاً والمعروف لدينا ذاتاً بهويته الشخصية المدعى عليه عبد الجواد محمد عليان خالد من القدس وسكانها.

بوشرت إجراءات المحاكمة الوجاهية علناً، فتليت لائحة الدعوى من المدعية ميرفت المذكورة، فصدقتها وقررتها وكررتها وطلبت الحكم بمضمونها وسؤال المدعى عليه عنها.

قال المدعى عليه عبد الجواد المذكور: إنني أصادق المدعية ميرفت المذكورة على أنها زوجتي غير الداخل ولا المختلي بها الخلوة الشرعية الصحيحة، بصحيح العقد الشرعي بموجب وثيقة عقد الزواج الصادرة عن محكمة القدس الشرعية، والمنظمة بمعرفة المأذون الشرعي التابع لها الشيخ مصطفى الطويل، والصادرة بتاريخ ٣٠/٨/١٩٩٩، والحاملة للرقم (٣٢٥١٥٦)، وأصادقها على ما ورد في البند الثاني من لائحة الدعوى؛ حيث حكم للمدعية ميرفت المذكورة بنفقة زوجية عليَّ؛ مقدارها مائة دينار أردني شهرياً لسائر لوازمها الشرعية، بموجب إعلام الحكم الصادر عن محكمة القدس الشرعية في الدعوى أساس ٩٨/ ٢٠٠٠ بتاريخ ٣٠/١٢/ ٢٠٠٠، والمسجل في السجل رقم ٢١/ ٩٥/ ٧٤، والمكتسب للدرجة القطعية، وأنكرُ باقي ما في لائحة الدعوى.

المحكمة: حيث الأمر كما ذكر المدعى عليه عبد الجواد المذكور فإنها تقرر تكليف المدعية ميرفت المذكورة إثبات باقي دعواها.

قالت المدعية: إنني أثبت دعواي بالبينتين الخطية والشخصية، وأطلب من المحكمة الموقرة إمهالي لإحضار بينتي الخطية وتسمية بينتي الشخصية وحصرها في الجلسة القادمة.

المحكمـة تقـرر إجـابة طلـب المدعيـة وتأجـيل الدعـوى إلى يوم الأحـد ٢١/١٠/٢٠٠١ الساعة التاسعة صباحاً.

أفهم علناً للطرفين المتداعـيين حسب الأصول. تحريراً في٢رجب١٤٢٢ وفق ٢٠٠١/٩/١٩

توقيع المدعى عليه توقيع المدعية توقيع الكاتب توقيع القاضي

في اليوم المعين حضرت المدعية ميرفت، وحضر بحضورها المدعى عليه عبد الجواد المذكور. وبسؤال المدعية ميرفت عما استمهلت من أجله في الجلسة السابقة،

قالت المدعية: إنني أثبت دعواي بالبينة الخطيـة والشخصية، أما بينتي الخطية فهي كـتاب مشروحـات صادر عن دائرة إجراء القـدس بتاريخ١١/٩/٢٠٠١ رقم ٢٠٠١/١٧٩؛ وأبرزه لمحكمتكم الموقـرة. ومن تلاوته وجد يتضمن: تشـهد دائرة إجراء القـدس أن المحكوم لها ميـرفت عزمي مصـباح عبـد الله قد طرحت الحكم الصـادر عن محكمـة القدس الـشرعـية في الدعـوى أساس ٩٨/٢٠٠٠ بتـاريخ ٣٠/١٢/٢٠٠٠، وموضوعـها نفقة زوجة ضـد المحكوم عليه عبد الجواد مـحمد عليان خـالد من القدس وسكانهـا، إلا أن المحكوم عليه لم يدفع لهـا مبلغ الدين (النفقـة الزوجيـة) أو أي جزء منها حـتى الآن - رغم انقضـاء مدة الإنظار - ولا زالت ذمته مشغولة به، ولم تتمكن دائـرة الإجراء من تحصيل النفقة المحكوم بها أو أي جزء منها، وتعـذر تحصيلها من عبد الجـواد المدعى عليه، لأنه لا مال له على الإطلاق.

المحكمـة: بعد تلاوة الـكتاب المذكـور وجد خـاليـاً عن شائبـتي التـصنيع والتزوير، فحفظ الأصل بين أوراق هذه الدعوى.

المدعية: أمـا بينتي الشخصية فـهي شهادة كل واحد من الشهـود رائد شاكر عزمي عبد الله، وسامـر شاكر عزمي عبد الله، وشاكر عزمي مـصباح عبد الله، وعثمـان عزمي مصبـاح عبد الله، وعمار عـرفات عزمي عبد الـله، وإنني أحصر بينتي الشخصية بمن ذكـرت من الشهود ولا شاهد لي سواهم، وإنني لم أتمكن من إحضار أي شـخص منهم؛ لذا ألتمس من المحكمة الموقرة إمهـالي لإحضارهم في جلسة قادمة للاستماع إلى شهادتهم.

المحكمة تقرر إجابة طلب المدعية وإمهالها لإحضار بينتها الشخصية، وتقرر تأجيل الدعوى إلى يوم الأحد ٢٨/ ١٠/ ٢٠٠١ الساعة التاسعة صباحاً.

أفهم علناً حسب الأصول. تحريراً في ٥ شعبان١٤٢٢هـ وفق ٢١/ ١٠/ ٢٠٠١ م.

توقيع المدعى عليه توقيع المدعية توقيع الكاتب توقيع القاضي

في اليوم المعين حضرت المدعية ميرفت المذكورة، وحضر بحضورها المدعى عليه عبد الجواد المذكور. وبسؤال المدعية ميرفت عما استمهلت من أجله،

قالت المدعية: لقد قمت بإحضار عدد من شهودي، أطلب من المحكمة الموقرة الاستماع لمن أحضرت منهم.

وبالنداء حضر الشاهد المسمى الرجل المكلف شرعاً، والمعروف لدينا ذاتاً بهويته الشخصية وهو من جائزي الشهادة شاكر عزمي مصباح عبد الله من القدس وسكانها، وغب الاستشهاد الشرعي منه شهد بعد أدائه القسم قائلاً: (والله العظيم إنني أعرف المدعية ميرفت عزمي مصباح عبد الله من القدس وسكانها، وأعرف المدعى عليه عبد الجواد محمد عليان خالد من القدس وسكانها، وإنني أعرفهما من غير عداوة ظاهرة ولا قرابة مانعة، وإن المدعية ميرفت هي شقيقتي وهي زوجة غير مدخولة ولا مختلى بها الخلوة الشرعية، بصحيح العقد الشرعي من المدعى عليه عبد الجواد المذكور، وقد حكم للمدعية ميرفت بنفقة على زوجها عبد الجواد المدعى عليه مقدارها مائة دينار أردني شهريًّا لسائر لوازمها الشرعية بموجب إعلام الحكم الصادر عن محكمة القدس الشرعية في الدعوى أساس ٩٨/ ٢٠٠ بتاريخ ٣٠/ ١٢/ ٢٠٠، وإن المدعية ميرفت قد قامت بطرح حكم النفقة للتنفيذ في دائرة إجراء القدس، إلا أنها لم تتمكن من تنفيذ هذا الحكم ولا تحصيل أي جزء من النفقة فيه، ولا يوجد للمدعى عليه عبد الجواد المذكور مال على الإطلاق يمكن تنفيذ حكم النفقة منه بأية طريق من طرق التنفيذ القانونية، وإن المدعى عليه عبد الجواد المذكور لم يقم بدفع أي جزء من النفقة للمدعية لا باليد ولا بالواسطة، ولم يُحِلْها على أحد، وهذه شهادتي وبها أشهد والله على ما أقول شهيد).

ولا مناقشة للشاهد من المدعية ميرفت ولا من المدعى عليه عبد الجواد المذكور.

توقيع الشاهد

وبالنداء حضر الشاهد المسمى الرجل المكلف شرعاً، والمعروف لدينا ذاتاً بهويته الشخصية سامر شاكر عزمي عبد الله من القدس وسكانها وهو من جائزي الشهادة، وغَبَّ الاستشهاد الشرعي منه شهد بعد أدائه القسم قائلاً: (والله العظيم إنني أعرف المدعية ميرفت عزمي مصباح عبد الله من القدس وسكانها، وأعرف المدعى عليه عبد الجواد محمد عليان خالد من القدس وسكانها وإنني أعرفهما من غير عداوة ظاهرة ولا قرابة مانعة، وإن المدعية ميرفت المذكورة هي عمتي وهي زوجة بصحيح العقد الشرعي للمدعى عليه عبد الجواد المذكور غير داخل بها ولا مختل بها الخلوة الشرعية الصحيحة، وقد حكم للمدعية ميرفت المذكورة بنفقة على زوجها المدعى عليه عبد الجواد المذكور مقدارها مائة دينار أردني شهرياً لسائر لوازمها الشرعية في الدعوى أساس ٩٨/ ٢٠٠٠ بتاريخ ٣٠/ ١٢/ ٢٠٠٠، وإن المدعية ميرفت المذكورة قامت بطرح حكم النفقة للتنفيذ في دائرة إجراء القدس؛ إلا أنها لم تتمكن من تنفيذ حكم النفقة منه بأية طريق من طرق التنفيذ القانونية، وإن المدعى عليه عبد الجواد المذكور لم يقم بدفع النفقة ولا أي جزء منها للمدعية ميرفت المذكورة لا باليد ولا بالواسطة، ولم يحلْها على أحد، ولا مال له على الإطلاق، وهذه شهادتي وبها أشهد، والله على ما أقول شهيد).

ولا مناقشة للشاهد من المدعية ميرفت؛ ولا من المدعى عليه عبد الجواد.

توقيع الشاهد

قالت المدعية ميرفت المذكورة: لقد قامت البينة على دعواي، لذا أطلب من محكمتكم الموقرة إجراء الإيجاب الشرعي.

المحكمة: من تدقيقها لشهادة كل واحد من الشاهدين شاكر عزمي مصباح عبد الله ورائد شاكر عزمي عبد الله كليهما من القدس وسكانها، فإنها تقرر أن شهادة الشاهدين شاكر ورائد المذكورين مطابقة لدعوى المدعية ميرفت المذكورة،

وعليه فـإن المحكمة تسأل المدعى عليـه عبد الجـواد المذكور عن أقواله في شـهادة الشهود شاكر ورائد المذكورين.

قال المدعى عليـه: إن ما شهد به الشاهدان صـحيح وهو الحق، إلا أنني لا أريد أن أدفع نفقة لزوجـتي ميرفت المذكورة، وأطلب من المحكمـة إجراء الإيجاب الشرعي.

المحكمة: وعلـيه وحيث طابقت شـهادة الشـاهدين شاكر ورائـد المذكورين دعوى المدعية ميرفت؛ فإنها تقرر قناعتهـا بها وقبولها والاعتماد عليها، وبناء عليه وحيث إن المدعية ميـرفت المذكورة قد أثبتت دعواها بالبينة الخطية والشـخصية فإن المحكمة تقـرر سؤال الطرفين المتـداعيين عن كـلامهمـا الأخيـر في هذه الدعوى. فطلب الطرفان إجراء الإيجـاب الشرعي. وعليه ولتوفر أسبـاب الحكم فقد أعلنْتُ ختام المحاكمة وأصدرتُ القرار التالي باسم الله تعالى.

أفهم علناً للطرفين المتداعيين حسب الأصول.

تحريراً في ١٢شعبان ١٤٢٢هـ وفق ٢٨/ ١٠/ ٢٠٠١ م.

توقيع المدعي عليه　　توقيع المدعية　توقيع الكاتب　　توقيع القاضي

رابعاً: القرار الابتدائي

القرار

بناء على الدعـوى والطلب، والبينة الخطيـة والشخصـية المقنعـة، وتوفيـقاً للإيجاب الشـرعي، وسندا للمادتين ١٨١٨ و ١٨١٩ من مجلة الأحكام العـدلية، والمادتين ٦٧ و ٧٥ من قانون أصـول المحاكمات الشرعـية، والمادتين ١٢٨ و ١٢٩ من قانون الأحوال الشخـصية، فقد حكمتُ بتطليق المدعية ميرفـت عزمي مصباح عبد الله من زوجهـا المدعى عليه عبد الجواد محمد عليـان خالد بطلقة بائنة بينونة صغرى للامتناع عن دفع النفقة لزوجته المدعية ميرفت؛ ما لم تكن مسبوقة منه من قبل بطلقتين، وأن لا عدة عليها لعدم الدخول أو الخلوة الشرعية، وأنها لا تحل له إلاَّ بمهر وعـقد جديدين، وضـمَّنْتُ المدعى عليه عـبد الجواد الرسـوم والمصاريف

حكماً وجاهياً قابلاً للاستئناف وتابعاً له، وموقوف النفاذ على تصديقه من محكمة الاستئناف الشرعية الموقرة.

أفهــم علناً للطرفين حسب الأصــول. تحريراً في ١٢شــعبــان١٤٢٢ هـ وفق ٢٨/ ١٠/ ٢٠٠١م.

توقيع الكاتب　　　　　توقيع القاضي

خامساً: قرار محكمة الاستئناف الشرعية

السلطة الوطنية الفلسطينية

ديوان قاضي القضاة / المحاكم الشرعية

محكمة الاستئناف الشرعية / القدس

هيئة المحكمة

الرئيس: . . .

العضو: . . .

العضو: . . .

المدعية: ميرفت عزمي مصباح عبد الله؛ من القدس وسكانها.

المدعى عليه: عبد الجواد محمد عليان خالد؛ من القدس وسكانها.

موضوع الاستئناف: تطليق لعدم الإنفاق.

الحكم المستــأنف: وجاهي صادر عن محكمــة القدس الشرعيــة في الدعوى أساس٣٢٠/ ٢٠٠١ بتاريخ ٢٨/ ١٠/ ٢٠٠١ م تحت رقم ٣٢٠/ ٢٣٢/ ٢٤٣.

رقم الاستئناف: ٣٥٩/ ٢٠٠١

تاريخ الاســتئناف: ١/ ١٢/ ٢٠٠١ م، تم رفـعــه بموجب المادة (١٣٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

القرار الصادر باسم الله تعالى

بعد الاطلاع على محضر الدعوى وسائر الأوراق المتعلقة بها تبين ما يلي:

١- أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها بتطليق المدعية ميرفت المذكورة من زوجها المدعى عليه عبد الجواد المذكور بطلقة بائنة بينونة صغرى؛ للامتناع عن دفع النفقة ما لم تكن مسبوقة منه من قبل بطلقتين، وأن لا عدة عليها لعدم الدخول أو الخلوة الشرعية، وتضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف؛ بناء على الدعوى والطلب والبينة الشخصية المقنعة، وسندا للمادتين ١٨١٨ و ١٨١٩ من مجلة الأحكام العدلية، والمادتين ٦٧ و ٧٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية، والمادتين ١٢٨ و ١٢٩ من قانون الأحوال الشخصية.

٢- ولدى التدقيق تبين أن الحكم الصادر بتطليق المدعية ميرفت المذكورة من زوجها الداخل بها بصحيح العقد الشرعي المدعى عليه عبد الجواد المذكور بطلقة بائنة بينونة صغرى؛ للامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها لها عليه وقدرها مائة دينار أردني شهرياً بموجب الحكم الصادر عن محكمة القدس الشرعية بتاريخ ٣٠/ ١٢/ ٢٠٠٠، والمسجل تحت رقم ٢١/ ٩٥/ ٧٤ في الدعوى أساس ٩٨/ ٢٠٠٠ ما لم تكن مسبوقة منه بطلقتين، وأن لا عدة عليها عليها لعدم الدخول أو الخلوة الشرعية، وتضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف؛ بناء على الدعوى والطلب والبينة الشخصية وللمواد التي سبق التنويه بها في الحكم صحيح موافق للوجه الشرعي فتقرر تصديقه.

تحريرا في ١٤/ شوال/ ١٤٢٢ هـ وفق ٢٩/ ١٢/ ٢٠٠١.

توقيع رئيس محكمة الاستئناف الشرعية

سادساً: مذكرة تبليغ القرار الاستئنافي

مذكرة تبليغ قرار استئنافي صادر عن

محكمة القدس الشرعية في الدعوى ٢٠٠١/٣٢٠

السلطة الوطنية الفلسطينية

ديوان قاضي القضاة / المحاكم الشرعية

المحكمة الشرعية: القدس

المدعية: ميرفت عزمي مصباح عبد الله؛ من القدس وسكانها.

المدعى عليه: عبد الجواد محمد عليان خالد؛ من القدس وسكانها.

أبلغكما أن الحكم الصادر في الدعـوة أساس ٢٠٠١/٣٢٠ والمتكونة بينكما وموضوعها التطليق لعـدم الإنفاق قد عاد مصدقاً من محكمة الاسـتئناف الشرعية الموقرة؛ بالقرار الاستئنافي رقم ٢٠٠١/٣٥٩، الصادر بتاريخ ٢٠٠١/١٢/٢٩.

وعليه فقد صار تبليغكما حسب الأصول.

تحريراً في ٢٦/ شوال / ١٤٢٤ هـ وفق ٢٠٠٢/١/١٠ م.

توقيع قاضي القدس الشرعي

المبحث الرابع

التفريق لضرر الشقاق والنشوز فقهاً وقضاء

المطلب الأول

الشقاق والنشوز في الفقه

الفرع الأول: تعريف الشقاق والنشوز

الشقاق في اللغة: من شَقَقَ، والشق: الصدع البائن، والمُشَاقَّة والشقاق: العداوة والخلاف، شاقَّهُ مشاقَّة وشقاقاً: خالفه. والشقاق: العداوة بين فريقين والخلاف بين اثنين، سمي شقاقاً لأن كل فريق من فريقي العداوة قصد شقًّا أي ناحية غير شق صاحبه.

وشقَّ أمره: تفرَّق وتبدد اختلافاً، وشقَّ فلان العصا: أي فارق الجماعة، والشقاق: الخلاف. وشقَّ الخوارج عصا المسلمين: أي فرقوا جمعهم وكلمتهم، والشق: الصدع[1].

الشقاق في الاصطلاح: لم أعثر - فيما قرأت - في كتب ومصنفات المذاهب الفقهية على تعريف للشقاق في الاصطلاح.

ويمكن تعريفه بأنه: (الحالة التي يشكو منها أحد الزوجين للقاضي الخلاف وسوء معاشرة صاحبه لينظر في أمرهما إما أن يصلح وإما أن يفرق).

---

(١) انظر ابن منظور: لسان العرب ١٠/١٨١ـ١٨٦، الفيومي: المصباح المنير ص١٦٦. الرازي: حلية الفقهاء ص١٧١.

أو هو: (النزاع الحاصل بين الزوجين المستوجب لحكم الحكمين بالصلح أو الفراق).

النشوز في اللغة: من نَشَزَ، والنشز المكان المرتفع من الأرض، والجمع أنشاز ونشوز. وأشرف على نَشْزٍ من الأرض: ما ارتفع وظهر. وجيد ناشز: مرتفع، وقلب ناشز: إذا ارتفع من مكانه خوفاً. وأنشزتُ الشيء: رفعته من مكانه. ونشز في مجلسه: ارتفع قليلاً، وإنشاز العظام: رفعها إلى موضعها وتركيب بعضها على بعض، ونشز الرجل: إذا كان قاعداً فقام[1].

النشوز في الاصطلاح: تعددت تعريفات النشوز عند الفقهاء، منها ما يلي:

١- تعريف الحنفية: (كراهية كل واحد منهما - أي الزوجين - صاحبه)[2].

٢- تعريف المالكية: (كراهية كل واحد من الزوجين صاحبه)[3].

٣- تعريف الشافعية: (كراهية أحد الزوجين معاشرة صاحبه)[4].

٤- تعريف الحنبلية: (كراهة كل واحد من الزوجين صاحبه وسوء عشرته)[5].

حصرت هذه التعريفات معنى النشوز في الكراهية التي يحس بها أحد الزوجين تجاه الآخر، وقد تنصرف إلى ذات الزوج كما في تعريف الحنفية والمالكية، وقد تنصرف إلى أخلاقه وطباعه وتصرفاته كما في تعريف الشافعية والحنبلية. فقد يكون النشوز في المرأة برفع صوتها على زوجها وعدم طاعته واستعلائها عليه، ومثل ذلك في الزوج، لكن الكراهية بين الزوجين ليست بالضرورة نشوزاً؛ فلا اطِّراد ولا انعكاس بينهما، فقد تكره المرأة زوجها لكنها لا تخرج عن طاعته، وقد يكره الرجل زوجته فلا يعرض عنها.

---

(١) انظر ابن منظور: لسان العرب ٥/٤١٧ـ ٤١٨، الفيومي: المصباح المنير ص٣١٢، الرازي: حلية الفقهاء ص١٧٠.

(٢) المطرزي الحنفي: المغرب في ترتيب المعرب ص ٤٥٢.

(٣) القرطبي: الجامع لاحكام القرآن ٥/ ١١٢.

(٤) الأزهري: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي ص: ٢٠٩.

(٥) ابن مفلح: المبدع ٦/ ٢٦٣.

يكون نشوز الزوج على زوجته بمنعها حقها[1]، وإليه أشار الله تعالى بقوله: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ ... ﴿١٢٨﴾﴾ [النساء].

ولنشوز الزوج أسباب تختلف من رجل لآخر حسب تعليمه ومستواه الثقافي وبيئته التي يعيش فيها، وهذه الأسباب منها ما هو بسبب من الزوجة، ومنها ما هو بسبب من غيرها.

أسباب لا كسب فيها للزوجة

وهي أسباب خارجة عن إرادتها ولا يد لها فيها، منها ما يلي:

١- كراهية الزوج لها لكبر سنها[2]، فقد ورد أن سودة بنت زمعة حين أسنت وخافت أن يفارقها رسول الله ﷺ قالت: يا رسول الله يومي لعائشة، فقبل ذلك منها، ففيها وفي أشباهها نزل قوله تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ... ﴿١٢٨﴾﴾ [النساء].

٢- كراهية الزوج لها لمرضها مرضاً تعافه نفسه، أو تشوه خِلْقَتها بحادثٍ كالحرق[3].

٣- كراهية الزوج لها لدمامة وجهٍ، أو قبحِ منظرٍ[4]، وبالأخص في الوقت الحاضر حيث تغير الزمان وانقلبت المعايير، فبث البرامج التليفزيونية وعرض صور الفاتنات غالباً ما يزيد من انقلاب الزوج على زوجته وكراهته لها.

٤- اختلاف وضع الزوج المالي أو الاجتماعي أو التعليمي إلى أفضل مما كان عليه عند زواجه منها، فيشعر أنها لم تعد ملائمةً لوضعه الجديد، فتثور المشاكل بينهما.

---

(١) البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٦٣٩.

(٢) انظر الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٣٤٤، ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٥.

(٣) انظر المصادر ذاتها.

(٤) ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٥.

فهذه الأسباب قد تؤدي إلى نشوز الزوج، لكنهـا ليست مبرراً كافياً لذلك، فصبره على زوجته أعظمُ ثواباً؛ وخيرٌ له من الجحود والنكران وقلة الوفاء؛ فإن لها صفات أخرى تعجبه، قال تعالى: ﴿...فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴿١٩﴾﴾ [النساء].

أسباب من كسب الزوجة

١- تعالي الزوجة على زوجـها بسبب مالها، أو كـونها ذات حسب ونسب فإن ذلك يورث كراهيـة الزوج لها، وحدوث الشقاق بينهـما، قد روي أنه شجر بين عقـيل بن أبي طالب وزوجته فاطمة بنت عتبـة خصومة، وكان سبـبها أن فاطمـة كانت ذات مال تدل بمالها على عـقيل، وتكثر أذكاره عن قتلى يوم بدر من أهلها[1].

٢- سوء أخلاق الزوجة، كـسرعة الغضب وعدم احتـمال تصرفات الزوج، وعدم طاعته.

٣- إهمالها شؤون بيتها ونظافته وعدم محافظتها على مال زوجها وأولاده.

٤- طلبـاتها الماليـة التي تفـوق قدرتـه، وبالأخص إذا كانت الزوجـة تحب المباهاة والمظاهر أو تقليد ومحاكاة الآخرين.

٥- سوء ظن الزوجـة وحساسيـتها الزائدة الناشـئة عن الغيـرة، الأمر الذي يؤدي إلى سوء العلاقة ونفوره منها.

٦- غيرة الزوج بسبب عـمل الزوجة في مجال يختلط فيـه الرجال بالنساء، وبالأخص إذا كانت الزوجة لا مجال لها في عمل دون اختلاط مباشر.

٧- خيانة الزوجة لزوجها وارتكابها الفاحشة.

---

(١) انظر القـرطبي: الجـامع لأحـكام القـرآن ٥/ ١١٥، البـيـهـقي: السنن الكبـرى ١١/ ١٦٠ رقم (١٥١٥٣).

٨- عدم إخبار الزوج من قبل الزوجة أو أهلهـا أنها كانت مخطوبة لشخص آخر، أو أنها سبق لها زواج دون دخول من زوج آخر، مما يجعل الزوج ينفر من زوجته وربما أدى ذلك إلى الطلاق[١].

الفرع الثالث: علامات نشوز الزوج وطرق علاجه

لنشوز الزوج علامات قولية وأخرى فعلية تستطيع الزوجة إدراكها ومعرفتها:

العلامات القولية

تظهر علامات نشوز الزوج القولية أكـثر من غيرها، كأن يرفع صوته بعد أن كان منخفـضاً، أو يصبح كلامه خشناً بعـد أن كان ليِّناً، أو يتكلم معها باقـتضاب وامتعـاض، أو يترك الحديث معـها، أو أن يشتمـها ويسبَّها ويشـتم أهلها، أو أن يذكِّرَها بما تكره من مدح غيرها عندها، أو يذكر بعض مثـالبِها وعيوبَها، أو يفشي أسرارها أو يُلَقِّبَها بلفظٍ تكرهه[٢].

العلامات الفعلية

أما علامات نشـوز الزوج الفعلية فهي غير ظاهرة؛ كأن يظهَـرَ بوجه عَبُوسٍ أمامها، أو يهجـرَ فراشها، أو يأتي بحركاتٍ وتصرفات تضـايقها، أو يكثرَ الخروجَ من البيت، أو يتركَ تناولَ الطعام مـعها، أو يمنعَها زيارَةَ أقاربِها أو يتـأخرَ في تلبية مطالبِهـا، أو يضرُبَها بغير سـبب، أو يمنعَها حـقَّها في القسم؛ كـحقِّها في النفـقة والكسوة[٣].

وسائل علاج النشوز

يمكن علاج الشـقاق بين الزوجين حـسب حالهـما ووضعـهما عـلى النحو التالي:

---

(١) من رقم ٢ - ٨ استخـلصتها من تجربتي كـقاض شرعي مارس هذه المهنة مـدة تزيد على خمس وعشرين سنة.
(٢) الرملي: نهاية المحتاج ٦/ ٣٩٠ - ٣٩٢.
(٣) المصدر ذاته.

العلاج الوقائي

ويقصد به اتِّباع الوسائل التي تؤدي إلى منع حدوث النزاع والشقاق والنشوز ابتداء بمنع أسبابه، ويكون ذلك بتعريف كل واحد من الزوجين بالحقوق الثابتة له والالتزامات المطلوبة منه والمبادرة إلى الوفاء بها. ويكون كذلك بإرشادهما إلى حسن المعاشرة فيما بينهما، وابتعاد كل طرف منهما عما يثير غضب رفيق حياته. ويكون بالتركيز على كيفية التعامل بين الزوجين إذا خرج أحدهما عن المودة والرحمة في تعامله مع الآخر إلى القسوة والشدة.

وخير نهج في ذلك كله أن يجري حسب تعاليم الإسلام، هذا المنهج الرباني الذي أثبت الواقع العملي فاعليته وأثره في الحفاظ على البناء الأسري، ودعم وحدة المجتمع الإسلامي وتماسكه على نحوٍ لم تشهد له الإنسانية مثيلاً أو شبيهاً.

العلاج القضائي

إذا ظهرت علامات النشوز وترافع الزوجان إلى القضاء؛ فالعلاج على النحو التالي:

١- إذا ادعى كل واحد منهما تعدي الآخر عليه، ورفع أمرهما إلى القضاء، فعلى القاضي محاولة الإصلاح بينهما لما له من تأثير عليهما وهيبة لديهما، فربما سمعا منه ووقع لقوله القبول عندهما، وإلاَّ حاول التعرف على المعتدي منهما، فإن تبين له من الظالم منهما منعه من التعدي والظلم(١).

٢- إن لم يتمكن القاضي من معرفة المعتدي منهما وتكررت الشكوى من غير بينة، طلب القاضي من جارٍ لهما أو أكثر متابعة أمورهما ليخبر القاضي، فإن لم يوجد الثقة أسكنهما بجوار عدلٍ ثقة، أو يسكن ثقةٌ بجوارهما ليطَّلع على أحوالهما، ويتابع أمورهما، فيُطْلِعُ القاضي إذا ظهر له حالُهما، ليمنع الظالمَ منهما عن ظلمه، ويعالج تقصيره بما يناسبه.

ويكتفي القاضي في هذه الأحوال بقول الثقة الواحد، لأن إقامة البينة في مثل هذه الأمور والأحوال أمر في غاية العسر والمشقة، فهي من الأمور الداخلية

---

(١) انظر المواق: التاج والإكليل ٥/ ٢٦٢ ـ ٢٦٣ الرملي: نهاية المحتاج ٦/ ٣٩٢.

التي يحـرص الجميع على سترها وإخـفائهـا عن أنظار الناس، وهي هنا من باب الإخبار لا الشهادة(١).

٣- إذا اشتـدَّ الخلاف والشـقاق بين الزوجين ولم تجـد الخطوات السـابقة، وفَحَشَ المتـعدِّي وجَهلَ بعث القـاضي حكمين للإصلاح بينهـما(٢)، قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا...(٣٥)﴾ [النساء].

المسألة الأولى: الأحوال التي يشرع فيها بعث الحكمين

شرع الله عـز وجل بعث الحكمين عند وقـوع الشقـاق والنزاع بين الزوجين مصداقاً

لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا (٣٥)﴾ [النساء].

وللقاضي بعث الحكمين في الحالات التالية:

الحالة الأولى: إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما سبباً في الشقاق

فقد تكون المرأة هي الناشـز على زوجها بترك ما أوجب الله له عليـها. وقد يكون الرجل هو الناشز على زوجته بترك معاشرتها بالمعروف أو تسريحها بإحسان، كالتعدي عليها أو جفائها. فالشقاق بسبب من الزوجين أو من أحدهما(٣).

اختلف العلماء في بعث الحكمين في هذه الحالة على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يشـرع بعثُ الحكمين عند العلم بالظلم والاعـتداء من أحـد الزوجين، وهو قول ابن الـعربي ونصه: (تكون الفـرقة كمـا قال علمـاؤنا لوقوع الخلل في مقصود النكاح من الألفة وحسـن العشرة، فإن قيل: إذا ظهر الظلم من

---

(١) انظر الخطاب: مـواهب الجليل٥/ ٢٦٢- ٢٦٣، الـرملي: نهـاية المحتـاج٦/ ٣٩٢، ابن قـدامـة: المغني٧/ ٣٤- ٣٥.

(٢) انظر المصادر ذاتها.

(٣) انظر النووي: روضة الطالبين ٦/ ٣٤٥ ابن مفلح: المبدع ٦/ ٢٦٣.

الزوج أو الزوجة فظهور الظلم لا ينافي النكاح بل يؤخذ من الظالم حق المظلوم ويبقى العقد قلنا: هذا نظر قاصر يتصور في عقود الأموال، فأما عقود الأبدان فلا تتم إلا بالاتفاق والتآلف وحسن العشرة، فإذا فقد ذلك لم يكن لبقاء العقد وجه، وكانت المصلحة في الفرقة وبأي وجهٍ رأيا المتاركة أو أخذ شيء من الزوج أو الزوجة)(١).

المذهب الثاني: إذا علم كون الإساءة والظلم والشقاق والتعدي من أحد الزوجين فإن الحاكم يأمر بإزالته، ولا يبعث الحكمين، وهو قول أكثر المالكية(٢) والشافعية(٣).

وعللوا مذهبهم بأنه: إذا لم يُشْكِلْ المحقُّ من المبطل فلا وجه لبعث الحكمين في أمرٍ قد عُرِفَ الحكم فيه(٤).

المذهب الثالث: إذا بان النشوز من الزوجة فلا حاجة إلى بعث الحكمين، وإن بانت الإساءة من الزوج بُعِثَ الحكمان إذا لم يُجْدِ الجار المشرف عليهما وتمادى الشر وخِيفَ الشقاق بينهما، وهو قولٌ عند الحنبلية. واستدلوا لقولهم بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿... وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ...(٣٤)﴾ [النساء].

وجه الدلالة: أجاز الله عز وجل للزوج تأديب زوجته بالوسائل المذكورة في الآية عند النشوز؛ مما يدل على الانتظار عليها وعدم بعث الحكمين(٥).

٢- قوله تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا...(١٢٨)﴾ [النساء].

وجه الدلالة: أن النشوز إذا كان من الزوج فعلى الزوجة الصلح مع زوجها ولو أن تقوم بإسقاط بعض حقوقها، وفي هذه الحالة لا حاجة إلى بعث الحكمين(٦).

---

(١) ابن العربي: أحكام القرآن ١/ ٥٤١. (٢) انظر الباجي: المنتقى شرح الموطأ ٥/ ٤٠٥.

(٣) انظر النووي: روضة الطالبين ٦/ ٢٤٥. الرملي: نهاية المحتاج ٦/ ٣٩١ ـ ٣٩٢.

(٤) النووي: روضة الطالبين ٥/ ٤٢١. (٥) ابن قدامة: المغني ٧/ ٢٤٣ ـ ٢٤٤.

(٦) المصدر ذاته.

٣- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا... ﴿٣٥﴾﴾ [النساء].

وجه الدلالة: أمرُ الله - عز وجل - ببعث الحكمين عند حدوث الشقاق بين الزوجين يدل على أن بعثهما يكون إذا حصل وتمادى الشر بينهما وخِيفَ الشقاق عليهما(١).

والذي أراه أن بعث الحكمين مشروع ولو علم كون الشقاق من أحد الزوجين دون الآخر؛ لما يلي:

١- لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا... ﴿٣٥﴾﴾ [النساء].

وجه الدلالة: نشوز الزوجة أو الزوج وإضراره بها بترك معاشرتها بالمعروف أو تسريحها بإحسان هو شقاق، والآية تتناول الشقاق(٢) سواء كان منهما أو من أحدهما.

٢- ولقوله تعالى: ﴿... إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا... ﴿٣٥﴾﴾ [النساء].

وجه الدلالة: أن الإصلاح بين الزوجين هدف من أهداف بعث الحكمين التي أشارت إليه الآية، والإصلاح مأمور به، ولو مع معرفة الظالم منهما(٣).

٣- ليس في قوله تعالى: ﴿...وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ...﴿٣٤﴾﴾ [النساء] ما يعارض مشروعية بعث الحكمين، ذلك أن هذه الآية جاءت لإرشاد الزوج إلى الوسائل التي تُتَّبَعُ في معالجة نشوز الزوجة، فإذا لم يباشر الزوج هذا الحق أو لم يثمر هذا الإرشاد مع الزوجة رفع دعواه إلى الحاكم ليبعث الحكمين(٤).

٤- ليس في قوله تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا... ﴿١٢٨﴾﴾ [النساء] ما يعارض بعث الحكمين، ذلك أن

---

(١) المصدر ذاته، ابن مفلح: المبدع ٦/ ٢٦٤

(٢) ابن قدامة: المغني ٧/ ٢٤٤.

(٣) المصدر ذاته.

(٤) الحطاب الرعيني: مواهب الجليل ٥/ ٢٦٢ ـ ٢٦٣.

هذه الآية تدل على أن للمرأة أن تضع عن زوجها شيئاً من حقوقها كي تسترضيه، لكنه ليس واجباً عليها، فإذا رفضت الدفع أو التنازل عن حقوقها للزوج فالواجب أن يعاملها بالحسنى؛ بأن يمسكها بمعروف أو يسرحها بإحسان، فإن أبى الزوج وأصر على معاملتها بالجفاء فقد تحقق وجود الشقاق، وفي هذه الحالة وجب بعث الحكمين(١).

الحالة الثانية: إذا وقع الشقاق من الزوجين ولم يعلم الظالم منهما

إذا وقع الشقاق بين الزوجين واشتبه حالهما فلم يعرف الظالم منهما ولم يعلم المحق، فيشرع بعث الحكمين، وهو قول الحنفية(٢) والمالكية(٣) والشافعية(٤) والحنبلية(٥) والظاهرية(٦).

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا...(٣٥)﴾ [النساء].

معنى الآية: إذا عمَّ الشقاق بين الزوجين معاً حتى تشتبه به حالهما فلا يعلم الظالم من غير الظالم، ففي هذه الحالة يتم بعث الحكمين(٧).

الحالة الثالثة: إذا وقع الشقاق بين الزوجين وعلم كونه منهما معاً

فإذا ظهر من أحد الزوجين تعدٍّ وظلمٌ لصاحبه فيشرع بعث الحكمين، وهو قول ابن قدامة. واستدل لذلك بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا...(٣٥)﴾ [النساء].

---

(١) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٤٤. ابن العربي: أحكام القرآن ١/ ٦٣٣-٢٦٣٤ القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٥/ ٢٥٩.

(٢) انظر الجصاص: أحكام القرآن ٢/ ٢٦٦ ـ ٢٧٠.

(٣) انظر مواهب الجليل والتاج الإكليل ٥/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤.

(٤) انظر روضة الطالبين ٦/ ٣٤٨ الملي: نهاية المحتاج ٦/ ٣٩١.

(٥) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٢٤٣-٢٤٤، ابن مفلح: المبدع ٦/ ٢٦٥.

(٦) انظر ابن حزم: المحلى ٩/ ٤٦.

(٧) انظر الشافعي: الأم ٥/ ١٦٧ ـ ٨٦٨. ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٤٤.

وجه الدلالة: نصت الآية الكريمة على الهدف المطلوب إلى الحكمين تحقيقه؛ وهو الإصلاح بين الزوجين، وكون الشقاق من الزوجين معاً لا يمنع تحقيق الهدف[1].

المسألة الثانية: توصيف الحكمين في الشقاق الزوجي

يسهم الحكمان بدور كبير في الإصلاح بين الزوجين، وفي تجاوز خلافاتهما والتقريب بين آرائهما ومواقفهما. ومع ذلك اختلف العلماء في توصيفهما لدى قيامهما بهذه المهمة الدقيقة بين التحكيم والتوكيل والإشهاد على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: أنهما حاكمان؛ يقضيان بين الزوجين بجمع أو فرقة، بعوض أو بغير عوض، من غير توكيل من الزوجين أو رضا منهما ببعثهما أو بحكمهما، وهو قول الشافعية[2] وأكثر المالكية[3] وقول عند الحنبلية[4]، واختيار ابن هبيرة[5] وابن القيم[6]، وهو مذهب الجمهور وأكثر أهل العلم كما ذكر ابن كثير[7].

استدل أصحاب هذا القول لصحة ما ذهبوا إليه بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا...(٣٥)﴾ [النساء].

وجه الدلالة: أن الله عز وجل سمَّاهما حكمين، ونصَّبهما للحكم بين الزوجين ومكَّنهما

منه، وللحكم في الشريعة اسم ومعنى، وللوكيل اسم ومعنى كذلك، والخطاب الوارد في الأحكام وتنفيذها ينصرف إلى الحكام والأئمة دون أهل الخصومات[8].

(١) انظر المغني ٧/ ٢٤٤.

(٢) انظر النووي: روضة الطالبين ٦/ ٣٤٨، الرملي: نهاية المحتاج ٦/ ٣٩٢.

(٣) انظر الحطاب الرعيني: مواهب الجليل ٥/ ٢٦٦، الباجي: المنتقى ٥/ ٤٠٦.

(٤) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٤.

(٥) انظر الإفصاح عن معاني الصحاح ٢/ ١١٦.

(٦) انظر ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ١٠٩ - ١١٠.

(٧) انظر الصابوني: مختصر تفسير ابن كثير ١/ ٣٨٧.

(٨) انظر الباجي: المنتقى ٥/ ٤٠٦، الرملي: نهاية المحتاج ٦/ ٣٩٢ ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٤.

٢- أتى رجل وامـرأته علياً - رضي الله عنه - ومع كلٍّ منهـمـا فئـامٌ من الناس، فأمرهما علي - رضي الله عنه - أن يبعثا حكماً من أهله وحكماً من أهلها لينظرا، فلما دنا منه الحكمان قال علي - رضي الله عنه -: أتدريان ما لكما؟ لكما إن رأيتُما أن تفرِّقـا فرِّقتُما، وإن رأيتما أن تجـمعا جمعتمـا، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله لي وعليَّ، فقال الرجل: أما الفـرقة فلا، فقال علي: كذبت، والله لا تبرَحُ حتى ترضى بمثل ما رضيَتْ به[١].

وجه الدلالة: هذا الأثر يدل على أنهما حكمان لا وكيلان ولا شاهدان، فلو كانا وكيلين أو شـاهدين لم يقل لهما: أتدريان ما لكمـا؟ وإنما كان يقول: أتدريان بمَ وُكِّلتُما؟ ويسألُ الزوجين ما قالا لهما[٢].

٣- تزوج عقيل بن أبي طالب فاطمة بنت عتبة بن ربيعة، فقالت: تصبر لي وأنفق عليك فكان إذا دخل عليـها قالت: أين عتـبة بن ربيعـة وشيبة بن ربيـعة؟ فيسكت عنها، حتى إذا دخل عليها يوماً وهو بَرِمٌ قالت: أين عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة؟ قال: عن يساركفي النار إذا دخلْت، فشدَّت عليـها ثيابها فجاءت عثمان بن عفان، فـذكرت ذلك له فضحك، فـأرسل إلى ابن عباس ومعـاوية، فقال ابن عباس لأفرِّق بينهما، وقال معاوية: ما كنت لأفرِّقَ بين شيخين من بني عبد مناف، فأتَيا فوجداهما قد أغلقا عليهما أبوابهما وأصلحا أمرهما، فرجعا[٣].

وجه الدلالة: ما بان من كـلام ابن عباس ومـعاوية - رضي الله عنهم - أن الحكمين يملكان الفرقـة إن رأياها، كان ذلك بمشهد من عـثمان - رضي الله عنه - وعدد من صحابة رسول الله ﷺ، ولم ينكروا ذلك عليهم[٤].

٤- أن الله - عز وجل - سماهما حكمين؛ فكيف نجعلهما وكيلين؟[٥].

---

(١) عبد الرزاق: المصنف ٦/ ٣٨٩ ـ ٣٩٠ رقم (١١٩٢٧)، وقال ابن حجر: (اسناده صحيح)، انظر تلخيص الحبير ٣/ ٢٠٤.

(٢) ابن العربي: أحكام القرآن ١/ ٥٣٩.

(٣) عـبـد الرزاق: المصـنف ٦/ ٣٩٠ رقم (١١٩٣١)، البـيـهـقي: السـنن الكبـرى ١١/ ١٩٠ رقم (١٥١٥٣).

(٤) ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٥.

(٥) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٢٣٤٥، إبن قدامة: المغني ٧/ ٣٥.

المذهب الثاني: أن المبعوثَين وكيلان عن الزوجين، فلا يجوز بعثهما إلاّ برضاهما

وموافقتهما، وليس لهما التفريق إلا برضاهما وتوكيلهما. وهو مذهب الحنفية[1] وقول بعض المالكية[2] وقول للشافعية[3] ورواية عند الحنبلية وهي المذهب[4]. فهم يرون أن الزوج يوكل حكَمَهُ بطلاقٍ وقبولِ عوضٍ وخلعٍ إن شاء، والزوجة توكل حكمها ببذلِ عِوَضِ خلعٍ وقبولِ طلاقٍ، ثم يفعل الحكمان الأصلح من صلحٍ أو تفريقٍ إن رأياه صواباً.

واستدل أهل هذا المذهب لصحة ما ذهبوا إليه بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿...فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا...(٣٥)﴾ [النساء].

وجه الدلالة: أن الله - عز وجل - أمر أن يكون أحد المبعوثين من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة، والذي من أهل الزوج وكيل عنه، والذي من أهل الزوجة وكيل عنها، فكأنه قال: فابعثوا رجلاً من قِبَله، ورجلاً من قِبَلها، وتسميتهما حكمين لا يعارض كونهما وكيلين، لأن الأصل قبولُ قولهما على الزوجين ونفاذه عليهما بموجب توكيلهما، فكان لزوم قول الحكمين للزوجين بمثابة الحكم، فسميا حكمين من هذا الوجه، وحقيقتهما وكيلان[5].

٢- أتى رجل وامرأته علياً - رضي الله عنه - ومع كلٍّ منهما فئامٌ من الناس، فأمرهما علي - رضي الله عنه - أن يبعثا حكماً من أهله وحكماً من أهلها لينظرا، فلما دنا منه الحكمان قال علي - رضي الله عنه -: أتدريان ما لكما؟ لكما إن رأيتُما أن تفرِّقا فرِّقْتُما، وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله لي وعليَّ، فقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي: كذبت، والله لا تبرَحُ حتى ترضى بمثل ما رضيتْ به[6].

---

(١) انظر الجصاص: أحكام القرآن ٢/ ٢٧١.

(٢) انظر التسولي: البهجة شرح التحفة ١/ ٤٩١.

(٣) انظر الشافعي: الأم ٥/ ١٦٨. البغوي: التهذيب ٥/ ٥٤٩.

(٤) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٤.

(٥) انظر الجصاص: أحكام القرآن ٢/ ٢٧١ ـ ٢٧٢، الشافعي: الأم ٥/ ١٦٨.

(٦) عبد الرزاق: المصنف ٦/ ٣٨٩ ـ ٣٩٠ رقم (١١٩٢٧)، وقال ابن حجر: اسناده صحيح، انظر تلخيص الحبير ٣/ ٢٠٤.

وجه الدلالة: أن ما يفعله الحكمان إنما يكون برضا الزوجين وتفويضهما كقولهما، فإن علياً قال: والله لا تبرح حتى ترضى بمثل ما رضيت، وهذا هو شأن الوكالة[1].

٣- أن الزوجين رشيدان، والمال حقهما، والبضع حقه، فلا يجوز لغيرهما التصرف في ذلك إلا بوكالة منهما، أو ولاية عليهما[2].

المذهب الثالث: أن الحكمين رسولان وشاهدان يرسلهما الحاكم ليصلحا بين الزوجين وليعرفا حالهما والظالم من المظلوم منهما، وليخبرا الحاكم بما اطلعا عليه، وليشهدا بما ظهر لهما، وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين، وهو قول ابن حزم[3] وبعض المالكية[4].

واستدلوا لصحة ما ذهبوا إليه بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿...إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا... (٣٥)﴾ [النساء].

وجه الدلالة: ردَّ الله عز وجل الإصلاح وقطع الشر بين الزوجين إلى اختيارهما، ولا يعرف في اللغة أو الشرع أن الإصلاح بين الزوجين يكون بتطليق الزوجة على زوجها، وليس في الآية ولا في شيء من السنن أن للحكمين أن يفرقا، وهذا شأن الشاهد[5].

٢- قوله تعالى: ﴿... وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا... (١٦٤)﴾ [الأنعام].

وجه الدلالة: تدل الآية على عدم جواز التفريق بين رجل وامرأته إلا بنصٍّ يوجب فسخ النكاح، ولا صحة في قول أحد دون رسول الله ﷺ[6].

٣- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ... (٣٥)﴾ [النساء].

---

(١) الشافعي: الأم ٥/١٦٨.

(٢) انظر الرملي: نهاية المحتاج ٦/٣٩٢، ابن قدامة: المغني ٧/٣٤.

(٣) انظر ابن حزم: المحلى ٩/٢٤٦

(٤) انظر التسولي: البهجة في شرح التحفة ١/ ٤٩٠ ـ ٤٩١.

(٥) ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٤٦ - ٢٤٨.

(٦) المصدر ذاته.

وجه الدلالة: تنص الآية على أن الحكمين إنما يبعثان ليصلحا، فإن أعياهما ذلك شهدا على الظالم بظلمه، وليس بأيديهما الفرقة ولا يملكانها)[1].

مناقشة الأدلة

نوقشت أدلة القائلين أن الحكمين وكيلان بما يلي[2]:

١- الاستدلال بقوله تعالى: ﴿...فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا...(٣٥)﴾ [النساء]، وبأن المبعوث من أهل الزوج وكيل عنه، والمبعوث من أهل الزوجة وكيل عنها، أجيب عنه من عدة وجوه:

أ- لو كانا وكيلين لقال: فليبعث وكيلاً من أهله ولتبعث وكيلاً من أهلها.

ب- لو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل.

جـ- أنه جعل الحكم إليهما فقال: ﴿... إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا... (٣٥)﴾؛ والوكيلان لا إرادة لهما إنما يتصرفان بإرادة موكلهما.

د- لا يسمى الوكيل حكَماً في لغة القرآن ولا في لسان الشارع ولا في العرف العام أو الخاص، فالحكَمُ من له ولاية الحكم والإلزام، وليس للوكيل شيء من ذلك.

٢- الاستدلال بقول علي بن أبي طالب للحكمين: (أتدريان ما لكما؟ لكما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما...)، وبقوله للزوج: (والله لا تبرَحُ حتى ترضى بمثل ما رضيَتْ به) وأن هذا شأن الوكالة، يجاب عنه أن عثمانَ وعلياً وابنَ عباس ومعاويةَ - رضي الله عنهم - جعلوا الحكم إلى الحكمين، ولم يخالفهم من الصحابة أحد.

٣- قولهم أن الزوجين رشيدان ولا يجوز لغيرهما التصرف في أمورهما دون وكالة منهما، يجاب عنهما أن الله - تعالى - قد جعلهما حكمين، وجعل بعثَهما إلى غير الزوجين.

---

(١) المصدر ذاته.

(٢) ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٥٠.

أما أدلة القائلين أنهما رسولان وشاهدان فقد نوقشت بما يلي:

١- الاستدلالهم بقوله تعالى: ﴿...إن يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا... (٣٥)﴾ [النساء]، وأن الإصلاح بين الزوجين هو قطع الشر بينهما، وليس بتطليق الزوجة على زوجها، فيجاب عنه بأن عثمان وعلي وابن عباس ومعاوية - رضي الله عنهم - جعلوا الحكم إليهما، ولم يعرف لهم من الصحابة مخالف[١]، ولا يسع المصلح والشاهد ما يسع الحكمين.

٢- استدلالهم بقوله تعالى: ﴿...وَلا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا...(١٦٤)﴾ [الأنعام]، وأنه لا يجوز لأحد أن يطلق على أحد، ولا يفرِّقُ بين رجل وامرأة إلا حيث جاء نص بالفسخ، أجيب عنه بأن الله عز وجل سمّاهما حكمين، ونصبهما للحكم بين الزوجين، ولم يعتبر رضا الزوجين، وخاطب الحكمين بقوله: ﴿...إن يُرِيدَا إِصْلاحًا...﴾، ولهما أن يفعلا ما يريان من جمعٍ أو تفريقٍ بعوضٍ أو بغير عوض، ولا يحتاجان إلى توكيل من الزوجين أو رضاهما[٢].

٣- واستدلالهم بقول قتادة: (إنما يبعث الحكمان ليصلحا، فإن أعياهما ذلك شهدا على الظالم، وليس بأيديهما الفرقة ولا يكلفان ذلك)، فقد أجيب عنه بأن الله - تعالى - هو الذي ولاَّهما وأمر ببعثهما حكمين، وجعل لهما ولاية الإصلاح والتطليق وبذل العوض وحِلِّ أخذه، والزوجان بإصرارهما على الشقاق صارا كالممتنعين عن قبول الحق، فجاز الحكم عليهما، والحَكَمُ لا يحتاج فيما يوقِعُه من الطلاق إلى إذن الزوج[٣].

نوقشت أدلة القائلين أنهما حكمان بما يلي:

١- القول بأن الله تعالى سماهما حكمين في قوله سبحانه: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا...(٣٥)﴾ [النساء]، أجيب عنه بأن الأهل القرابة، وهم من الأب والأم، والأهل أيضاً الموالي بدليل ما روي من حديث ابن طيبة أن رسول الله ﷺ أمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه، وقال عز

(١) ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٥٠.

(٢) ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٤.

(٣) الباجي: المنتقى ٥/ ٤٠٦.

وجل: ﴿...إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا... (٣٥)﴾ [النساء]. فلا يخلو الضمير الذي في بينهما من أن يكون راجعاً إلى الزوجين وهكذا نقول، أو يكون راجعاً إلى الحكمين، فنص الآية أنه إنما يوفق الله - تعالى - بينهما إن أرادا إصلاحاً، والإصلاح هو قطع الشر بين الزوجين)(١).

٢- الاستدلال بقول علي بن أبي طالب في للحكمين: (أتدريان ما لكما؟ لكما إن رأيتما أن تُفَرِّقَا فرَّقْتُما وإن رأيتما أن تَجْمَعَا جَمَعْتُمَا...) وأن الحكمين لو كانا وكيلين أو شاهدين لم يقل لهما أتدريان ما لكما، وإنما قال: أتدريان بما وكلتما(٢).

٣- الأثر الذي روي في إرسال ابن عباس ومعاوية حكمين بين عقيل بن أبي طالب وفاطمة بنت عتبة بن ربيعة، أجيب عنه بأنه خبر لا يصح؛ لأنه لم يأت إلا منقطعا(٣).

وأرى أن المبعوثين حاكمان لا وكيلان ولا شاهدان، لقوة الأدلة على ذلك، ولضعف أدلة المخالفين.

المسألة الثالثة: مذاهب الفقهاء في التفريق للشقاق والنشوز والضرر

حرص الإسلام على استقرار الحياة الزوجية بين الزوجين بما شرعه من حقوق وواجبات متبادلة، فقال عز وجل: ﴿...وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...(٢٢٨)﴾ [البقرة]، وأمر كل واحد من الزوجين بالصبر على صاحبه، فإن كره من الآخر أمراً فقد تعجبه أمور أخرى، قال سبحانه وتعالى: ﴿... فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا (١٩)﴾ [النساء] فالخطاب وإن كان موجهاً للأزواج إلا أنه موجهٌ للزوجات كذلك، لأن الكراهة قد تكون من قبل المرأة نحو زوجها.

لكن ربما نشأ بين الزوجين ما يعكر صفو حياتهما، من نشوز أو نفور يستحيل معه العيش بمودة وسكينة، فتنقلب حياتهما شقاء وعنتاً، فإذا استحال دوام

(١) ابن حزم: المحلى ٩/٢٤٦ - ٢٤٧.
(٢) الشافعي: الأم ٥/١٦٨.
(٣) ابن حزم: المحلى: ٩/٢٤٧.

العشـرة بينهما؛ فهل يمـلك أحدهما طلب التفـريق من القاضي لتضـرره من سوء عشرة زوجه؟.

اختلف العلماء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: يجوز طلب التفريق بين الزوجين للضرر وسوء العشرة، وهو قول علي وابن عبـاس من الصحابة - رضي الله عنهم -، والشعـبي والنخعي من التابعين، وإلـيه ذهب الأوزاعي(١) ومالك(٢) ورواية عند الحنبلية(٣)؛ فقالوا: إن للزوجة الخيار بين الإقامة معه؛ فيأمره القاضي بأن يحسن عشرتها بالمعروف، وبين طلب التفريق، فإن اختارت التفريق وثبت الضرر أمره القاضي بأن يطلقها، فإن لم يفـعل طلَّق عليه القـاضي(٤)، وعللوا قـولهم بعدم جـواز إلحاق الأذى والضـرر بالآخر(٥).

واستدلوا لصحة ما ذهبوا إليه بالأدلة التالية:

١- قوله تعالى: ﴿...فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴿١٩﴾﴾ [النساء].

وجه الدلالة: تدل الآية على أن للحكمين أن يفعلا مـا يريانه مناسباً، لأنها حاكـمان فلا يعتـبر رضا الزوجين، ولأن الحكَمَ يحكُمُ بما يراه من المصلحـة؛ فإن وفق الحكمان إلى الإصلاح أصلحا، وإن لم يوفقا إلى الإصلاح فلهما التفريق بين الزوجين(٦)، وذكر الله الإصلاح دون الفرقة لأنه الأفضل، وليسعى إليه الحكمان، وليس للاقتصار عليه وحده(٧).

---

(١) انظر ابن المنذر: الإشراف على مسـائل أهل العلم ١/ ٢٠٢ ـ ٢٠٣.

(٢) انظر الباجي: المنتقى٥/ ٤٠٦، التسـولي: البهجة شرح التحـفة١/ ٤٩١، عليش: مواهب الجليل ٣/ ٥٥٠.

(٣) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٤.

(٤) انظر ابن رشد: بداية المجتهد ٢/ ١١٦، ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٥.

(٥) انظر ابن رشد: بداية المجتهد ٢/ ١١٦ عليش: منح الجليل ٣/ ٥٥٠.

(٦) انظر عليش: منح الجليل٣/ ٥٥٠، ابن رشد: بداية المجتهد ٢/ ١١٦.

(٧) مدى حرية الزوجين في الطلاق ٢/ ٧٦٥.

٢- قوله تعالى: ﴿...وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرارًا لِتَعْتَدوا...(٢٣١)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: تنص الآية على أن إمساك الزوجة على وجه الإضرار ممنوع شرعاً، وسبب الشقاق بين الزوجين تعدي أحدهما على الآخر، ورفع التعدي والظلم الناتج عن الشقاق واجب، فإذا تعيَّن التطليق سبيلاً لرفع الضرر كان مشروعاً[1].

٣- قوله ﷺ: **«لا ضرر ولا ضرار»**[2].

وجه الدلالة: أمر ﷺ بإزالة الضرر، والشقاق ضرر، وإزالته تكون بالإصلاح بين الزوجين أو بالتفريق بينهما[3].

٤- تزوج عقيل بن أبي طالب فاطمة بنت عتبة بن ربيعة، فقالت: تصبر لي وأنفق عليك فكان إذا دخل عليها قالت: أين عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة؟ فيسكت عنها، حتى إذا دخل عليها يوماً وهو بَرِمٌ قالت: أين عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة؟ قال: عن يسارك في النار إذا دخلتِ، فشدَّت عليها ثيابها فجاءت عثمان بن عفان، فذكرت ذلك له فضحك، فأرسلَ إلى ابن عباس ومعاوية، فقال ابن عباس: لأفرِّق بينهما، وقال معاوية: ما كنت لأفرِّقَ بين شيخين من بني عبد مناف، فأتَيا فوجداهما قد أغلقا عليهما أبوابهما وأصلحا أمرهما فرجعا[4].

وجه الدلالة: قول أحد الحكمين وهو ابن عباس - رضي الله عنه -: لأفرِّقنَّ بينهما، وقول الآخر وهو معاوية: ما كنت لأفرِّقَ بين شيخين من بني عبد مناف يدلان على جواز التفريق عند العجز عن الإصلاح بين الزوجين[5].

٥- أتى رجل وامرأته علياً - رضي الله عنه - ومع كلٍّ منهما فئامٌ من الناس، فأمرهما علي - رضي الله عنه - أن يبعثا حكماً من أهله وحكماً من أهلها

---

(١) ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٤.

(٢) سبق تخريجه ص ٧١.

(٣) انظر التسولي: البهجة شرح التحفة ١/ ٤٨٨ ـ ٤٨٩، عليش: منح الجليل ٣/ ٥٥٠.

(٤) عبد الرزاق: المصنف ٦/ ٣٩٠ رقم (١١٩٣١)، البيهقي: السنن الكبرى ١١/ ١٩٠ رقم (١٥١٥٣).

(٥) ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٤ ـ ٣٥.

لينظرا، فلما دنا منه الحكمان قال علي - رضي الله عنه -: أتدريان ما لكما؟ لكما إن رأيتُما أن تفرِّقا فرِّقْتُما، وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله لي وعليَّ، فقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي: كذبت، والله لا تبرَحُ حتى ترضى بمثل ما رضيَتْ به[1].

وجه الدلالة: قول علي - رضي الله عنه - للحكمين: عليكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرق فرقتما، وقول الرجل: أرضى أن يجمعا ولا أرضى أن يفرقا، وردَّ علي عليه بقوله: كذبت والله لا تبرح حتى ترضى بمثل ما رضِيَتْ به، يدلان على جواز التفريق، فكما لهما الجمع، لهما التفريق[2].

٦- قياس التفريق للضرر والشقاق على التطليق للعنة بجامع الضرر الذي يلحق بزوجته[3].

المذهب الثاني: لا يجوز التفريق بين الزوجين للضرر وسوء العشرة، فإذا حدث نزاع وشقاق بين الزوجين ورفعت الزوجة أمرها إلى القاضي طالبة منه التفريق بينها وبين زوجها، فعليه أن يزجر الزوج ويمنعه ظلم زوجته ولا يجيبها إلى طلبها، بل يرسل الحكمين عند استحكام النزاع بينهما للإصلاح. ولا يفرق الحكمان بين الزوجين لأنهما وكيلان. وهو قول عطاء[4] وإليه ذهب الحنفية[5]، وهو القول المعتمد عند الشافعية[6] ورواية عند الحنبلية[7]، وهو مذهب الظاهرية[8].

وعللوا قولهم بأن القاضي يستطيع رفع الضرر بغير التفريق[9].

---

(١) عبد الرزاق: المصنف٦/ ٣٨٩-٣٩٠ رقم (١١٩٢٧)، وقال ابن حجر: (اسناده صحيح)، انظر تلخيص الحبير ٣/ ٢٠٤.

(٢) انظر ابن رشد: بداية المجتهد ٣/ ١١٧ - ابن القيم: زاد المعاد ٣/ ٥٠.

(٣) ابن حجر: فتح الباري ٩/ ٥٠٠.

(٤) انظر ابن المنذر: الإشراف على مذاهب أهل العلم ١/ ٢٠٣.

(٥) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٦١٤.

(٦) انظر الشافعي: الأم ٥/ ١٦٨، الغزالي: الوسيط ٥/ ٣٠٧

(٧) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٤، البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٢٤٠.

(٨) انظر ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٤٧ - ٢٤٨

(٩) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٦١٤، الغزالي: الوسيط ٥/ ٣٠٧، ابن قدامة: المغني٧/ ٣٤.

واستدلوا لصحة ما ذهبوا إليه بعدد من الأدلة هي:

١- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا (٣٥)﴾ [النساء].

وجه الدلالة: حددت الآية الكريمة مهمة الحكمين بمحاولة الإصلاح بين الزوجين وليس التفريق بينهما[١].

٢- جاء رجل وامرأة إلى علي - رضي الله عنه - ومع كل واحد منهما فئام من الناس، فلما بعث الحكمين قال: رويدكما حتى أعلمكما ماذا عليكما، هل تدريان ما عليكما؟ إنكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، ثم أقبل على المرأة فقال: أرضيت بما حكما؟ قالت نعم، رضيت بكتاب عليٍّ ولي، ثم أقبل على الرجل فقال: رضيت بما حكما؟ قال: لا ولكني أرضى أن يجمعا ولا أرضى أن يفرقا، فقال كذبت، والله لا تبرح حتى ترضى بمثل الذي رضيت به[٢].

وجه الدلالة: أنه لو كان الحكمان يملكان التفريق بين الزوجين لما قال علي - رضي الله عنه - للزوج رضيت بما حكما، فالحكمين لهما صفة الوكيل الذي يتصرف ضمن وكالته فقط[٣].

٣- البضع حق الزوج، والمال حق الزوجة، وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما[٤].

٤- الطلاق حق الزوج، ولا يملك غيره هذا الحق إلاَّ بإذنه أو بتوكيل منه. والطلاق للضرر من الشقاق والنزاع طلاق من غير إذن أو توكيل[٥].

مناقشة الأدلة

نوقشت أدلة القائلين بمنع التفريق للضرر والشقاق والنزاع بما يلي:

---

(١) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٤، ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٤٧.

(٢) البيهقي: السنن الكبرى ١٩/ ١٦٠ ـ قم (١٥٤٥٢).

(٣) انظر ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٤٧ ـ ٢٤٨، البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٢٤٠.

(٤) انظر الخطيب الشربيني ٣/ ٣٤٥، ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٤، البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٢٤٠.

(٥) البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٢٤٠.

١- استدلالهم بقوله تعالى: ﴿... إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما...(٣٥)﴾ [النساء]، وبأن الآية الكريمة حددت مهمة الحكمين بالإصلاح فقط دون التفريق، فيجاب عنه بأن الله عز وجل سمّاهما حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين، وكما يكون فصل النزاع بين الزوجين بالإصلاح، فإنه يكون بالتفريق كذلك[١].

٢- أما الاستدلال بالأثر المروي عن علي ابن أبي طالب - رضي الله عنه - وقوله للزوج: رضيت بما حكما؟ قال: لا، ولكني أرضى أن يجمعا ولا أرضى أن يفرقا، وأن التفريق للضرر لو كان جائزاً لما طلب منه عليٌّ - رضي الله عنه - الموافقة على رأي الحكمين كما وافقت المرأة، فيجاب عنه بأن علياً أجبره على قبول الحكم الصادر عن الحكمين، ولو كان الأمر للزوج وأنه هو الذي يوكل الحكَم والحكَمُ يتصرف ضمن الوكالة، لما صح لعلي - رضي الله عنه - أن يجبره على ذلك. لكن لما ترتب على زواجه حصول شقاق ونزاع بينه وبين زوجته فإن علياً بصفته الحاكم أحالهما إلى الحكمين لمحاولة الإصلاح بينهما، وإذا عجزا عن الإصلاح فرقا بينهما، فمهمة الحكمين إنهاء الشقاق بين الزوجين، ويكون إما بالإصلاح وإما بالتفريق بينهما[٢].

٣- وأما استدلالهم بأن البضع حق الزوج؛ والمال حقها، وأنهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو بولاية عليهما فيجاب عنه بأن رد الظالم عن ظلمه وإنصاف المظلوم من الظالم أساس من أسس هذا الدين، وأن التفريق بضرر الشقاق والنزاع عدل، والله عز وجل أمر بالعدل فقال سبحانه: ﴿إنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ...(٩٠)﴾ [النحل]، وعندما يُطَلِّقُ على الزوج المضارٌ لزوجته؛ فإنه يقصد منه رفع الظلم عن الزوجة، ولا قيمة ولا معنى من إرسال الحكمين إذا لم يستطيعا رفع الظلم عن الزوجة[٣].

٤- أما استدلالهم بأن الطلاق حق الزوج ولا يملك أحدٌ هذا الحق غيره إلا بتوكيل منه، والتفريق للضرر دون موافقته تصرف دون إذن أو توكيل وهذا لا

(١) انظر إبن العربي: أحكام القرآن ١/ ٥٣٧ - ٥٣٩، ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٤.
(٢) انظر المصادر ذاتها.
(٣) ابن العربي: أحكام القرآن ١/ ٥٣٨- ٥٣٩.

يجوز، فيجاب عنه بأن إرسال الحكمين إذا خيف على الزوجين من الشقاق يكون لغيرهما وليس لهما، فهذا ما ورد في نص الآية الكريمة: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾﴾ [النساء]، ولا شك أن المخاطب غير الزوجين(١).

ونوقشت أدلة القائلين بجواز التفريق للشقاق والنزاع والضرر بما يلي:

١- الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا...﴿٣٥﴾﴾ [النساء]؛ وبأن للحكمين أن يفعلا ما يريان من الإصلاح أو التفريق بين الزوجين يجاب عنه بأن الله تعالى إنما يوفق بينهما إن أرادا إصلاحاً، والإصلاح هو قطع الشر بين الزوجين... وقد رده الله عز وجل إلى اختيار الزوجين لا إلى غيرهما، ولا يعرف في اللغة أو الشرع أصلحتُ بين الزوجين أي طلقتُها عليه(٢).

٢- أما استدلالهم بقوله تعالى: ﴿...وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا... ﴿٢٣١﴾﴾ [البقرة]؛ وبأن الإضرار ممنوع شرعاً، ورفع الظلم يكون بالتطليق على الزوج، فيجاب عنه: بأن الحاكم يبعث الحكمين ليعرفا الظالم من المظلوم، ويُنهِيَا إلى الحاكم ما وقفا عليه من ذلك، ليأخذ الحاكم الحق ممن هو قِبَلَه، ويأخذ على يدي الظالم ويمنعه من الظلم، فإذا كان الظلم من الزوج فللحاكم زجره ونهيه عن ظلم زوجته ومعاقبته على ذلك ولا يطلِّق عليه لهذا السبب(٣).

٤- وأما استدلالهم بحديث «لا ضرر ولا ضرار» وأن النبي ﷺ أمر بإزالة الضرر بالإصلاح بين الزوجين أو التفريق بينهما، فيجاب عنه بأن رفع الضرر والظلم والحيف الذي يوقعه الزوج على زوجته يكون من قبل الحاكم بالإصلاح بين الزوجين أو بنهي الزوج عن الظلم وزجره ومعاقبته، ولا يكون بالتفريق بينهما أو التطليق من غير الحاكم(٤).

---

(١) المصدر ذاته.

(٢) ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٤٧.

(٣) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٦١٤، ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٤٦.

(٤) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٦١٢، ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٤٧

٥- واستدلالهم بالأثر المتضمن خلاف عقيل بن أبي طالب وفاطمة بنت عتبة بن ربيعة، وقول ابن عباس لأفرق بينهما، فيجاب عنه بأنه خبر لا يصح لأنه منقطع(١).

٦- أما الاستدلال بالأثر في قصة الرجل والمرأة والخلاف الحاصل بينهما؛ وقول علي للحكمين إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرق فرقتما، فيجاب عنه بأن التفريق لا يملكه أحد إلا الزوج لأن الطلاق حقه، وهذا الحق يستطيع أن يعطيه لآخر بالوكالة، وإصرار علي - رضي الله عنه - عندما قال للرجل: حتى ترضى بما رضيت يدل على ذلك، ولو كان التفريق جائزاً دون موافقة الزوج لما أصر عليه، وموافقة الرجل على ذلك هي بمثابة التوكيل من قبله للحكمين(٢).

٧- وأما قياسهم التطليق للضرر على التطليق للعنة، فيجاب عنه بأن التطليق للعنَّة جاء به النص، ثم إن العنة مرض لم يمكن علاجه وشفاؤه، أما الضرر فيمكن إزالته بتدخل الحاكم الذي ينهى ويزجر الزوج عن ظلمه لزوجته(٣).

وأرى أن التفريق بين الزوجين للشقاق والنزاع جائز بعد بذل الجهد للإصلاح بينهما؛ لما يلي:

١- قوة الأدلة التي استندوا إليها للدلالة على ما ذهبوا إليه من جواز التفريق للضرر.

٢- ضعف استدلال من خالفهم في ذلك.

٣- جاءت الشريعة الإسلامية لرفع الحرج والضيق وإزالة الضرر عن الناس، وحين يستحكم الضرر ويعجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين فيتعين إزالته، وتكون بالفرقة بينهما.

---

(١) ابن حزم: المحلى ٩/٢٤٧.

(٢) انظر ابن حزم: المحلى ٩/٢٤٧ ـ ٢٤٨، الشافعي: الأم ٥/١٦٨، البهوتي: كشاف القناع ٥/٢٤.

(٣) انظر المصادر ذاتها.

٤- إذا لم يكن من صلاحيـة الحكمين وسلطتهما التفريق أو أن يكـونا سبباً لذلك، كان موقـفهما ضـعيفاً في مـعالجة النشوز، وإذا كـان أحدهما حكماً كـان وكيلا عن أحد الزوجين، فـإنه سوف يتبني مـوقف موكله ويكون مقيداً بموجب هذه الوكالة.

٥- ولأن المبعـوثين حكمان عندي، فـيدل ذلك على جـواز التفـريق لضرر الشقاق والنزاع.

المطلب الثاني

الشقاق والنشوز في القضاء

الفرع الأول: التفريق لضرر سوء العشرة في قوانين الأحوال الشخصية

أولاً: القانون المصري

المادة (٦): إذا ادعت الزوجـة إضـرار الزوج بها بمـا لا يستطيـع معـه دوام العشـرة بين أمثـالها يجـوز لها أن تطلب التطليـق من القاضي، وحـينئذ يطلقـها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجـز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث الـقاضي حكمين على الوجـه المبين في المواد (٧، ٨، ٩، ١٠، ١١).

المادة (٧): يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بما لهما وقدرة على الإصلاح بينهما.

المادة (٨): ١- يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على الا تجاوز مدة سـتة أشهر، وتخطر المحكمة الحكمين والخـصم بذلك، وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

٢- يجوز للمحكمة أن تعطي للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر، فإن لم يقدما تقريرهما اعتبرا غير متفقين.

المادة (٩): لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إحضاره، وعلى الحكمين أن يتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة.

المادة (١٠): إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

١- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

٢- إذا كانت الإساءة من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلتزم به الزوجة.

٣- إذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق بدون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة.

٤- وإن جهل الحال فلم يعرف أيهما المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقهما بدون بدل.

المادة (١١): على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التي بني عليها، فإن لم يتفقا بعثت معهما ثالثاً له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح، وحلفته اليمين المبينة في المادة (٨)، واذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد سارت المحكمة في الإثبات، وإن عجزت عن التوفيق بين الزوجين وتبين لهما استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى[1].

التعليق والإيضاح

من تلاوة النص القانوني يتبين ما يلي:

١- إن جميع قوانين الأحوال الشخصية التي وضعت قد أخذت نصوصها من قانون الأحوال الشخصية المصري، وبالأخص قانون الأحوال الشخصية السوري والأردني ومشروع القانون الفلسطيني والكويتي ومشروع القانون الموحد.

---

(١) السمني: الوجيز في قانون الأحوال الشخصية ص ٤٥٨ - ٤٦٠.

٢- نص القانون على إعطاء الحكمين مدة ستة أشهر بالحد الأعلى لإنهاء تقريرهما، وإذا لم يتمكنا من إنهاء التقرير تم تمديد المدة لثلاثة أخرى، فإن لم يقدما تقريرهما اعتبرهما القانون غير متفقين، وهذه المدة ولا شك تعتبر طويلة، وقوانين الأحوال الشخصية لم تنص على المدة تحديداً، والعمل في المحاكم الشرعية الفلسطينية والأردنية يكون بإعطاء الحكمين مدة شهر لتقديم تقريرهما، ويمكن تمديد فترة التحكيم شهراً آخر، وإذا رأى القاضي أنهما لم يتمكنا من تقديم التقرير المطلوب منهما عزلهما واختار حكمين آخرين.

٣- يجيز النص القانوني للقاضي السير في الدعوى من ناحية الإثبات وإنهاء الدعوى إذا لم يتمكن الحكمان من تقديم تقريرهما في الميعاد المحدد وفي حالة اختلافهم، ويقوم القاضي في هذه الحالة بتطليق الزوجة إذا أصرت على الطلاق.

٤- للزوجة التي تضررت وقامت برفع دعوى تطالب بالتفريق بينها وبين زوجها أن تتنازل عنها أو تسقطها، وهذا التنازل والإسقاط لا يحول دون تكرار تقديم دعوى تفريق أخرى لكن بذكر وقائع جديدة غير التي تنازلت عنها الزوجة.

٥- من خلال النص فإن المحكمة تلجأ إلى الحكمين بعد:

أ- رفع دعوى التطليق للضرر للمرة الثانية.

ب- رفض الدعوى الأولى للعجز عن إثبات المدعى به.

ت- عجز مدعي الضرر عن إثباته في الدعوى الثانية أيضاً كما في الدعوى الأولى.

وخالف القانون الأردني والسوري ومشروع القانون الفلسطيني فأجازوا للقاضي إحالة القضية إلى الحكمين بعد ثبوت الضرر وعجز المحكمة عن الإصلاح بين المتداعيين[1].

---

(١) انظر السمني: الوجيز في الأحوال الشخصية ص: ٤٦٠ - ٤٨٣، إبراهيم: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ص ٤٢٩ - ٤٥٩.

ثانياً: القانون السوري

المادة (١١٢): ١- إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق.

٢- إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما، ويعتبر التطليق طلقة بائنة

٣- إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة، فإن أصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح عيَّن القاضي حكمين من أهل الزوجين، وإلا ممن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح بينهما وحلفهما يميناً على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة.

المادة (١١٣): ١- على الحكمين أن يعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين وأن يجمعاهما في مجلس تحت إشراف القاضي لا يحضره إلا الزوجان ومن يقرر دعوته الحكمان.

٢- امتناع أحد الزوجين عن حضور هذا المجلس بعد تبليغه لا يؤثر في التحكيم.

المادة (١١٤): ١- يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة بائنة.

٢- وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو قسم منه يتناسب ومدى الإساءة.

٣- للحكمين أن يقررا التفريق بين الزوجين مع عدم الإساءة من أحدهما على براءة ذمة الزوج من قسم من حقوق الزوجة إذا رضيت بذلك وكان قد ثبت لدى الحكمين استحكام الشقاق بينهما على وجه تتعذر إزالته.

٤- إذا اختلف الحكمان حكَّمَ القاضي غيرهما أو ضم إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً وحلفه اليمين.

المادة (١١٥): على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي ولا يجب أن يكون معللاً، وللقاضي أن يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير ويعين في هذه الحالة وللمرة الأخيرة حكمين آخرين.

١- من تلاوة النص القانوني السابق نجد تشابهاً كبيراً بينه وبين مشروع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني والأردني والكويتي والمصري إلا في بعض المسائل الإجرائية.

٢- من المسائل المهمة في القانون الفقرة الثانية من المادة (١١٢) والتي منحت القاضي حق التطليق بطلقة بائنة في حالة ثبوت الضرر وعجزه عن الإصلاح، وهذا أمر جيد ومهم لأنه يختصر مسافة التقاضي، وهو ما ذهب إليه القانون المصري ومشروع القانون العربي الموحد، أما مشروع القانون الفلسطيني والأردني فيحيلان الأمر إلى الحكمين في حالة ثبوت الضرر وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما.

٣- ذهب النص القانوني إلى ضرورة تحليف الحكمين اليمين الشرعية المتضمنة قيامهما بعملهما بعدل وأمانة، وهذا ما ذهب إليه النص الفلسطيني والمصري ومشروع القانون العربي الموحد، بينما خالف القانون الأردني والكويتي في ذلك، فلم يحلفا الحكمين اليمين الشرعية على القيام بعملهما بعدل وأمانة[1].

ثالثاً: القانون الأردني

نظم القانون أحكام التفريق للنزاع والشقاق في النصوص التالية:

المادة (١٣٢): إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق إذا ادعى إضرار الآخر به قولاً أو فعلاً بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية.

١- إذا كان طلب التفريق من الزوجة وأثبتت إضرار الزوج بها بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح أنذر الزوج بأن يصلح حاله معها، وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر، فإذا لم يتم الإصلاح بينهما أحال الأمر إلى الحكمين.

---

(١) انظر استانبولي: المرشد في قانون الأحوال الشخصية ١/ ٤٠٠ - ٤٣٥، السباعي: قانون الأحوال الشخصية السوري ١/ ٢٤٠ - ٢٤٢.

٢- إذا كان المدعي هو الزوج وأثبت وجود النزاع والشقاق بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح أجل دعواه مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة، وبعد انتهاء الأجل إذا أصرّ على دعواه ولم يتم الصلح أحال القاضي الأمر إلى حكمين.

٣- يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين قادرين على الإصلاح وأن يكون أحدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج إن أمكن، وإن لم يتيسر ذلك حكَّم القاضي رجلين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح.

٤- يبحث الحكمان أسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين معهما أو مع جيرانهما أو مع أي شخص يرى الحكمان فائدة في بحثهما معه، وعليهما أن يدونا تحقيقاتهما بمحضر يوقعا عليه، فإذا رأيا إمكان التوفيق والإصلاح على طريقة مرضية أقراها.

٥- إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وظهر لهما أن نسبة الإساءة جميعها من الزوجة، قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه على أن لا يقل عن المهر وتوابعه، وإذا كانت نسبة الإساءة كلها من الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة على أن للزوجة أن تطالبه بسائر حقوقها الزوجية كما لو طلقها بنفسه.

٦- إذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوجين، قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل واحد منهما، وإن جهل الحال ولم يتمكنا من تقدير نسبة الإساءة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان أخذه من أيهما.

٧- إذا حكم على الزوجة بأي عوضٍ وكانت هي طالبة التفريق فعليها أن تؤمِّن دَفْعَهُ قبل قرار الحكمين بالتفريق ما لم يرض الزوج بتأجيله، وفي حاله موافقة الزوج على التأجيل يقرر الحكمان التفريق على البدل ويحكم القاضي بذلك، أما إذا كان الزوج هو طالب التفريق وقرر الحكمان أن تدفع الزوجة عوضاً فيحكم القاضي بالتفريق والعوض وفق قرار الحكمين

٨- إذا اختلف الحكمان حكَّم القاضي غيرهما أو ضم إليهما ثالثاً مرجحاً، وفي الحالة الأخيرة يؤخذ بقرار الأغلبية.

٩- على الحكمين رفع التقرير إلى القاضي بالنتيجة التي توصلا إليها، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه إذا كان موافقاً لأحكام هذه المادة.

المادة (١٣٣): الحكم الصادر بالتفريق يتضمن الطلاق البائن.

التعليق والإيضاح

١- جاء في الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية: إن وقوع النزاع والخلاف بين الزوجين يسبب أضراراً كبيرة لهما ولأولادهما ويهدم كيان الأسرة، وقد تعددت الحوادث التي شغلت المحاكم الشرعية سنين طويلة بسبب النزاع دون الوصول إلى نتيجة حاسمة تقضي على هذه المشاكل، وبما أن مذهب الحنفية لم يعالج هذه المسألة علاجاً شافياً يدفع ضررها، وبما أن مذهب المالكية يجيز للزوجة الطلب إلى القاضي أن يطلقها إذا تضررت من زوجها، وبما أن قانون حقوق العائلة العثماني الذي كان معمولاً به أجاز للزوج طلب التفريق بسبب النزاع والشقاق كما هو للزوجة، ولما في ذلك من المساواة في تحقيق العدالة بين الزوجين، فقد أخذ القانون بهذا الرأي في المادة (١٣٢) على هذا الأساس[1].

٢- تنص المادة على أن الطرف الذي يدعي النزاع والشقاق يتحمل عبء إثبات دعواه، وهذا من أسس القضاء فالبينة على المدعي، لكن بما أن الحياة الزوجية قائمة على الستر بين الزوجين، وبما أن الخلافات الزوجية تحدث بينهما في معزل عن الناس، فمن الصعب إثبات النزاع والشقاق بينهما بالأدلة، لذا توجه مشروع القانون الفلسطيني بترك ثبوت حالة الشقاق بين الزوجين إلى قناعة القاضي أمر في غاية الدقة، فهذا ما يلمسه من مارس القضاء، فكثير من القضايا تمكث في المحاكم سنوات طويلة، لعجز مدعي النزاع عن إثباته .

رابعاً: القانون التونسي

الفصل (٢٥): إذا شكا أحد الزوجين من الإضرار به ولا بينة له وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه يعين حكمين، وعلى الحكمين أن ينظرا فإن قدرا على الإصلاح أصلحا، ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال.

---

(١) داود: القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ٢/١٤٦١.

من تلاوة النص يلاحظ قصوره في الجوانب التالية:

١- لم يتحدث عن إثبات الضرر وكيفيته.

٢- لم يتحدث عن دور القاضي في محاولة الإصلاح بين الطرفين المتداعيين في دعوى التفريق للضرر.

٣- لم يذكر النص الشروط الواجب توفرها في الحكمين.

٤- لم يذكر النص مدة التحكيم.

٥- لم يذكر النص نوع الطلاق الواقع بسبب التفريق للضرر.

لذلك فالقانون بحاجة إلى صياغة جديدة. يضاف إلى ذلك قلة إثارة قضايا التفريق للضرر وندرة تطبيقها في المحاكم الشرعية؛ بل قد تكون مهجورة تماماً)[1].

خامساً: القانون الكويتي

المادة (١٢٦): لكل من الزوجين قبل الدخول أو بعده أن يطلب التفريق بسبب إضرار الآخر به قولاً أو فعلاً بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما.

المادة (١٢٧): على المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين، فإذا تعذر عينت حكمين للتوفيق أو التفريق.

المادة (١٢٨): يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن يتوافر فيهم حسن التفهم والقدرة على الإصلاح.

المادة (١٢٩): على الحكمين أن يعرفا أسباب الشقاق، ويبذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين بأي طريقة ممكنة.

المادة (١٣٠): إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

أ- فإن تبين أن الإساءة كلها من الزوج وكانت الزوجة طالبة التفريق اقترح الحكمان التفريق وإلزامه جميع الحقوق المترتبة على الزواج والطلاق، وإن كان الزوج طالب التفريق اقترح الحكمان رفض دعواه.

---

(١) داود: القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ٢/ ١٤٦١.

ب- وإن كانت الإساءة كلها من الزوجة اقترحا التفريق بين الزوجين نظير رد ما قبضته من المهر وسقوط جميع حقوقها المالية المترتبة على الزواج والطلاق.

جـ- وإن كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق دون عوض أو بعوض يتناسب مع الإساءة.

د- وإن لم يعرف المسيء من الزوجين فإن كان طالب التفريق هو الزوج اقترحا رفض دعواه، وإن كانت الزوجة هي الطالبة أو كان كل منهما يطلب التفريق اقترح الحكمان التفريق دون عوض.

جـ- التفريق للضرر يقع طلقة بائنة.

المادة (١٣١): أ- على الحكمين أن يرفعا إلى المحكمة تقريرهما مفصلاً، وللقاضي أن يحكم بمقتضاه إذا كان موافقاً لأحكام المادة السابقة.

ب- إذا اختلف الحكمان ضمت المحكمة إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً من غير أهل الزوجين، قادراً على الإصلاح.

المادة (١٣٢): أ- يرفع المحكمون الثلاثة تقريرهم بالاتفاق أو بالأكثرية إلى المحكمة للفصل في الدعوى وفق المادة (١٣٠).

ب- وإذا تفرقت آراؤهم أو لم يقدموا تقريراً سارت المحكمة في الدعوى بالإجراءات العادية. المادة (١٣٤): يكفى في إثبات الضرر الشهادة بالتسامع المبني على الشهرة في نطاق حياة الزوجين، ولا تقبل هذه الشهادة على نفي الضرر.

المادة (١٣٥): تقبل شهادة القريب ومن له صلة بالمشهود له متى كانوا أهلاً للشهادة.

التعليق والإيضاح

١- هناك تشابه كبير بين كل من القانون الكويتي والأردني ومشروع القانون الفلسطيني.

٢- لم يشترط النص تكرار الشكوى في بعث الحكمين، بل نص القانون على بعث الحكمين بمجرد ثبوت النزاع والشقاق بين الزوجين وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما، وهذا اختصار للإجراءات وأقرب إلى تحقيق العدالة، وهو ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية الأردني ومشروع القانون الفلسطيني، أما القانونين المصري والسوري ومشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد فقد اشترطت استمرار وتكرار الشكوى لبعث الحكمين.

٣- قرر النص أن درجة القرابة أو الصلة بين الشاهد والمشهود له أياً كانت، لا تمنع وحدها من قبول الشهادة إذا توفرت في الشهادة الشروط الأخرى، وهذا يرفع الحرج والمشقة ويصون الحقوق، لأن الخلافات بين الزوجين تحدث على الأعم الأغلب داخل البيت والأسرة وأمام الأبوين أو الأبناء والأقارب بشكل عام.

وقد انفرد قانون الأحوال الشخصية الكويتي في قبول الشهادة من جميع درجات القرابة، وقبول الشهادة على التسامع، أما القانونان الأردني والمصري ومشروع القانون الفلسطيني فلا تجيز ذلك، ولا شك أن ما ذهب إليه القانون الكويتي أفضل وأيسر وأسهل.

٤- قرر النص قبول الشهادة على الضرر بالتسامع، لأن الضرر الزوجي يكثر وقوعه في حالات خاصة يندر حضورها ممن تقبل شهادتهم عند جمهور الفقهاء، الأمر الذي يصعب إثباته مع أنه يكون ملموساً ومشهوراً بين الآخرين، لذا وتيسيراً للعدل وإظهاراً للحقيقة الواقعة بين الزوجين أجاز النص الشهادة على التسامع في موضوع الضرر الزوجي، وفي هذا تسهيل واختصار لإجراءات التقاضي بشكل كبير(١).

سادساً: مشروع القانون العربي الموحد

المادة (١٠٨): أ- لكل من الزوجين طلب التطليق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بينهما.

ب- على القاضي بذل الجهد لإصلاح ذات البين.

---

(١) الغندور: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ـ المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية للقضاء في الكويت ص ٧٧٩ - ٧٨٢.

ج- إذا عجز القاضي عن الإصلاح وثبت الضرر حكم بالتطليق مع مراعاة أحكام المادة (١١٤) من هذا القانون.

المادة (١٠٩): إذا لم يثبت الضرر واستمر الشقاق بين الزوجين وتعذر الإصلاح يعين القاضي حكمين من أهليهما إن أمكن، وإلا فمن يتوسم فيهما القدرة على الإصلاح ويحلفهما اليمين على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة، ويحدد لهما مدة التحكيم.

المادة (١١٠): أ- على الحكمين تقصي أسباب الشقاق وبذل الجهد للإصلاح بين الزوجين

ب- يقدم الحكمان إلى القاضي تقريراً عن مساعيهما واقتراحاتهما متضمناً مدى إساءة كل من الزوجين أو أحدهما للآخر.

المادة (١١١): للقاضي اعتماد تقرير الحكمين أو تعيين حكمين غيرهما بقرار معلل للقيام بمهمة التحكيم مجدداً وفق الإجراءات المذكورة في المادتين السابقتين.

المادة (١١٢): إذا اختلف الحكمان عين القاضي غيرهما أو ضم إليهما حكماً ثالثاً وحلفه اليمين.

المادة (١١٣): إذا تعذر الصلح واستمر الشقاق بين الزوجين حكم القاضي بالتطليق استناداً إلى تقرير التحكيم مع مراعاة أحكام المادة (١١٤) من هذا القانون.

المادة (١١٤): أ- إذا حكم القاضي بتطليق المدخول بها للضرر أو الشقاق، فإن كانت الإساءة كلها أو أكثرها من الزوجة سقط مهرها المؤجل وحدد القاضي ما يجب أن تعيده إلى الزوج من المهر المقبوض. وإن كانت الإساءة كلها أو أكثرها من الزوج بقي المهر من حق الزوجة.

ب- إذا طلب المتضرر التعويض حدَّده القاضي حسب الإساءة.

المادة (١١٦): إذا طلبت الزوجة الطلاق قبل الدخول والخلوة وأودعت ما قبضته من مهر وما أنفقه الزوج من أجل الزواج وامتنع الزوج عن ذلك وعجز القاضي عن الإصلاح حكم بالتطليق.

١- أخذ مشروع القانون العربي الموحد نصوصه عن القانون المصري مع اختلاف قليل.

٢- يجيز المشروع للقاضي عزل الحكمين وتعيين غيرهما بقرار معلل للتحكيم من جديد.

٣- المادة رقم (١١٦) لم يذكرها القانون المصري والسوري والأردني والكويتي في حين ذكرها مشروع القانون الفلسطيني فقط.

سابعاً: مشروع القانون الفلسطيني

المادة (١٧٤): ١- إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة، يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق.

٢- إذا اقتنع القاضي بوجود النزاع والشقاق بين الزوجين بذل جهده في الإصلاح بينهما، فإذا لم يتمكن من ذلك أنذر المدعى عليه في دعوى التفريق بأن يصلح حاله مع الآخر، وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر، فإذا لم يتم الإصلاح بينهما أحال الأمر إلى حكمين من ذوي الخبرة والاختصاص، وحلفهما يميناً على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة.

المادة (١٧٥): ١- على الحكمين تقصي أسباب الشقاق وبذل الجهد الكافي للإصلاح بين الزوجين.

٢- يقدم الحكمان إلى القاضي تقريراً عن مساعيهما واقتراحاتهما متضمناً نسبة إساءة كل من الزوجين أو أحدهما للآخر.

المادة (١٧٦): للقاضي اعتماد تقرير الحكمين، أو تعيين حكمين غيرهما بقرار مسبَّبٍ للقيام بمهمة التحكيم مرة أخرى وفق الإجراءات المذكورة في المادتين السابقتين.

المادة (١٧٧): إذا اختلف الحكمان عين القاضي غيرهما أو ضم إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً وحلفه اليمين.

المادة (١٧٨): إذا تعذر الصلح واستمر الشقاق بين الزوجين حكم القاضي بالتطليق استناداً إلى تقرير الحكمين مع مراعاة أحكام المادة (١٧٩) من هذا القانون ويكون الطلاق في هذه الحالة بائناً.

المادة (١٧٩): يكون الحكم بحقوق الزوجة المدخول بها والمطلقة للضرر أو الشقاق حسب نسبة الإساءة الواردة في قرار الحكمين.

المادة (١٨٠): إذا لم يتمكن الحكمان من تقدير نسبة الإساءة يرجع الأمر إلى القاضي في التفريق بينهما مع الحكم للزوجة بالنسبة التي يراها مناسبة من حقوقها أو يحكم عليها بالعوض المناسب حسب تقدير القاضي.

المادة (١٨١): إذا طلبت الزوجة الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة وأودعت ما قبضته من مهر وما أنفقه الزوج من أجل الزواج، وامتنع الزوج عن ذلك وعجز القاضي عن الإصلاح، حكم بالتطليق بائناً.

التعليق والإيضاح

١- يشبه هذا النص إلى حدٍّ كبير القانون الأردني والمصري والكويتي، مع اختلاف بسيط في بعض النقاط.

٢- ربط النص القانوني إثبات الضرر بقناعة القاضي، وهذا أمر مهم إذ إنه يختصر مسافة التقاضي بشكل كبير، لأن الحياة الزوجية وما يحدث فيها من خلافات غالباً ما تكون بين الزوجين فقط، والذي يقع عليه عبء الإثبات يجد حرجاً شديداً في الإثبات، ورد الأمر إلى قناعة القاضي فيه حل لكثير من القضايا التي تتطلب جهداً كبيراً في الإثبات.

٣- النص على إحالة الأمر إلى القاضي إذا لم يستطع الحكمان تقدير نسبة الإساءة بسبب جهالة حال الزوجين وعدم تمكنهما من تقدير نسبة الإساءة؛ خروجٌ من مأزق يقف أمامه الحكمان عاجزين، وفي ترك الأمر إلى القاضي اختصارٌ للوقت وقطعٌ للطريق أمام الخصوم بالتسويف والمماطلة في إجراءات التقاضي.

٤- نص المادة (١٨١) سيكون له دور كبير في اختزال كثير من القضايا والمشاكل، حيث إن كثيراً من الأزواج تحدث بينهم خلافات بعد إجراء عقد الزواج

وقبل الزفاف والنقلة إلى بيت الزوجية، وغالباً ما يرفض الزوج تطليق الزوجة، بل كثير منهم يـتزوجون زوجات أخريات، وتبقى الزوجة الأولى مـعلقة لا هي زوجة ولا هي مطلقـة، وعرضة لابتـزاز الزوج الذي يرفض التطليق إلاَّ ضـمن الشروط التي يراها في صالحه، وبهذا النص سيغـلق هذا الباب أمام كل من تسوِّلُ له نفسه الإضرار بزوجته.

الفرع الثاني: إجراءات دعوى التفريق للنزاع والشقاق

أولاً: لائحة الدعوى

بسم الله الرحمن الرحيم

لدى محكمة القدس الشرعية الموقرة الدعوى أساس ٢١٩/٢٠٠٣

المدعيـة: نائلة إبراهيم أحمد حسن مـن القدس وسكانها، وكيلهـا المحامي خليل خالد.

المدعى عليه: عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها.

موضوع الدعوى: طلب التفريق للشقاق والنزاع وسوء العشرة.

وقائع الدعوى

١- المدعية نائلة المذكـورة زوجة ومدخولة بصحيح العقـد الشرعي للمدعى عليه بمـوجب وثيقة عـقد الزواج الصـادرة عن محكمـة القدس الشـرعية بـتاريخ ١٥/١١/٢٠٠٢، وتحمل الرقم (١٨١٧٧) بمعرفة المأذون الشرعي التابع لها الشيخ مصطفى الطويل.

٢- تم الزفاف بين الزوجين المتداعيين بتاريخ ٢٥/١٢/٢٠٠٢م، وبعد شهر واحد من الزفـاف ظهر النزاع والشقاق بين الزوجين، حـيث إن الزوج المدعى عليه

عودة المذكور بدأ يعامل زوجته معاملة قاسية مخالفة للشرع، ويعمل كل ما من شأنه الإساءة إليها.

٣- من المشاكل التي حصلت بين المتداعيين الوقائع التالية:

أ- في نهاية شهر ١/ ٢٠٠٣ ذهبت الزوجة نائلة المذكورة لزيارة أهلها بناء على موافقة الزوج المدعى عليه عودة المذكور، وطلب منها العودة إلى بيت الزوجية بعد العصر مباشرة، فعادت الزوجة المدعية نائلة المذكورة إلى بيت الزوجية قبل المغرب بفترة وجيزة بسبب صعوبة المواصلات، ولما عاد الزوج المدعى عليه عودة المذكور وسأل زوجته المدعية نائلة المذكورة عن الوقت الذي عادت فيه إلى بيت الزوجية أخبرته أنها عادت قبل المغرب بسبب صعوبة المواصلات، فضرب زوجته المدعية نائلة المذكورة أمام أخويه عماد ورشاد ضرباً مبرحاً بسلكٍ للكهرباء.

ب- بتاريخ ٢٠/ ٣/ ٢٠٠٣م قام الزوج المدعى عليه عودة المذكور بضرب زوجته نائلة المذكورة في بيت الزوجية في القدس، حيث حضر شقيقا الزوجة المدعية نائلة المذكورة إسماعيل وعبد الله لزيارتها، ولما عاد الزوج المدعى عليه عودة المذكور إلى بيت الزوجية بعد العصر ورآهما عندها ضربها بالعصا ضرباً مبرحاً مفضياً إلى الموت لولا تدخلهما.

ت- بتاريخ ١٥/ ٤/ ٢٠٠٣ عاد الزوج المدعى عليه عودة المذكور إلى بيت الزوجية ظهراً وطلب من زوجته المدعية نائلة المذكورة إحضار الطعام، فقالت له إن الطعام بحاجة إلى نصف ساعة لتجهيزه، فبدأ بالصراخ في وجهها وشتم والدها وقال لها: (أنت حيوانة) وانهال عليها ضرباً بيديه ورجليه أمام أخويه عماد ورشاد، ولم يتوقف عن ضربها حتى أغمي عليها ونُقِلَت إلى مستشفى المقاصد الخيرية، وبقيت فيه يومين لتلقي العلاج.

٤- اشتهر النزاع والشقاق بين الزوجين المتداعيين بين أهلهما وأقاربهما وجيرانهما فتدخل المصلحون للإصلاح وحل الخلافات بين الزوجين المتداعيين، إلاَّ أن جهودهم باءت بالفشل.

٥- نتيجة تكرار الإهانات وسوء المعاملة التي تتعرض لها الزوجة المدعية نائلة المذكـورة من زوجهـا المدعى عليـه عودة المـذكور غـادرت بيت الزوجـية بتـاريخ ١٨/٤/٢٠٠٣م، وعادت إلى بيت والدها ولا زالت فيه حتى الآن.

٦- البينات: تحصر وتقدم أثناء المحاكمة.

٧- صلاحية النظر والفصل في هذه الدعوى لمحكمتكم الموقرة.

الطلب

يلتمس وكيل المدعية من محكمتكم الموقرة ما يلي:

١- تبليغ نسخة من لائحة الدعوى للمدعى عليه.

٢- تعيين موعد للمحاكمة.

٣- غبَّ الثبوت الحكمَ بالتفريق بين المدعية نائلة المذكورة والمدعى عليه عودة المذكور بطلقة واحدة بائنة للنزاع والشقاق وسوء العشرة.

٤- تضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

واقبلوا الاحترام

تحريرا في: ٧/٩/٢٠٠٣ م وكيل المدعية: المحامي خليل خالد

ثانيا: مذكرة التبليغ

ورقة دعوة

السلطة الوطنية الفلسطينية رقم الدعوى الأساسي ٢١٩/٢٠٠٣

ديوان قاضي القضاة / المحاكم الشرعية

محكمة القدس الشرعية

المدعية: نائلة إبراهيم أحـمد حسن من القـدس وسكانها، وكيلهـا المحامي خليل خالد.

المدعى عليه: عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها.

موضوع الدعوى: طلب التفريق للشقاق والنزاع وسوء العشرة.

يقتضي حضورك إلى محكمة القدس الشرعية يوم الأربعاء ١٧/ ٩/ ٢٠٠٣م الساعة التاسعة صباحاً للنظر في الدعوى المقامة عليك من المدعية، فإذا لم تحضر أو ترسل وكيلاً تُرى الدعوة بحقك غيابياً.

توقيع الشاهد　　توقيع الشاهد　　توقيع المبلغ اليه

فضيلة قاضي القدس الشرعي المحترم

انتقلت أنا محضر محكمة القدس الشرعية نافذ نظام الخالدي إلى بيت المدعى عليه الواقع في القدس في منطقة باب الأسباط ولقد قمت بتبليغ المدعى عليه عودة أحمد سالم حمدان بالذات وذلك بحضور الشاهدين أخويه عماد ورشاد ولدا أحمد سالم حمدان.

تحريرا: ٩/٩/ ٢٠٠٤م

محضر محكمة القدس الشرعية

ثالثا: إجراءات سير الدعوى

بسم الله الرحمن الرحيم

في اليوم المعين وفي المجلس الشرعي المعقود لدى أنا رجب حامد التميمي قاضي القدس الشرعي حضر المحامي الشرعي الأستاذ خليل خالد، وكيلاً عن المدعية نائلة إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها، بموجب وكالة خاصة شاملة للدعوى منظمة من قبله حسب الأصول مؤرخة بتاريخ: ٦/ ٩/ ٢٠٠٣ ومستوفى عنها الرسم القانوني بتاريخ ٧/ ٩/ ٢٠٠٣، بعد تلاوتها والاطلاع عليها حفظت

بين أوراق الدعوى. وحضر بحضوره الرجل المكلف شرعاً والمعروف لدينا ذاتاً بهويته الشخصية عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها.

بوشرت إجراءات المحاكمة الوجاهية علناً، فتليت لائحة الدعوى من قبل وكيل المدعية فصدقها وقررها وكررها وطلب الحكم بمضمونها وسؤال المدعى عليه عنها.

وبسؤال المدعى عليه قال: إنني أصادق وكيل المدعية على ما ورد في البند الأول من لائحة الدعوى، حيث إن المدعية نائلة المذكورة هي زوجتي ومدخولتي بصحيح العقد الشرعي وذلك بموجب وثيقة عقد الزواج الصادرة عن محكمة القدس الشرعية بتاريخ ١٥/ ١١/ ٢٠٠٢م وحاملة للرقم (١٨١٧٧) والمنظمة بمعرفة المأذون الشرعي التابع لمحكمة القدس الشرعية الشيخ مصطفى الطويل، وأصادق وكيل المدعية نائلة المذكورة على الجزء الأول من البند الثاني من لائحة الدعوى من أنه تم الزفاف بيني وبين زوجتي نائلة المذكورة بتاريخ: ٢٥/ ١٢/ ٢٠٠٢م، وأنكر ما ورد في باقي البند الثاني من لائحة الدعوى والبند الثالث من لائحة الدعوى والنقاط الواردة فيه والبند الرابع والبند الخامس والبند السادس، فهو مجرد اختلاق وافتراء وكذب علي.

المحكمة: حيث أقرَّ المدعى عليه عودة المذكور بالبند الأول من لائحة الدعوى والمتضمن الزوجية والدخول والجزء الأول من البند الثاني والمتضمن حصول الزفاف بينه وبين المدعية نائلة، فإن المحكمة تكلف وكيل المدعية إثبات دعوى موكلته نائلة المذكورة. فقال: إنني على استعداد لإثبات دعوى موكلتي نائلة المذكورة، وأطلب من المحكمة الموقرة إمهالي لإثبات الدعوى.

المحكمة تقرر إجابة الطلب وتقرر تأجيل الدعوى إلى يوم الثلاثاء ٣٠/ ٩/ ٢٠٠٣ م الساعة التاسعة صباحاً.

أفهم علناً للطرفين حسب الأصول. تحريراً في ٢٠رجب١٤٢٤هـ وفق ١٧/ ٩/ ٢٠٠٣م

توقيع المدعى عليه   توقيع وكيل المدعية   توقيع الكاتب   توقيع القاضي

في اليوم المعين حضر وكيل المدعية، وحضر بحضوره المدعى عليه عودة المذكور. وبسؤال وكيل المدعية عما طلب الإمهال من أجله.

فقال: إنني أثبت دعوى موكلتي بالبينتين الخطية والشخصية، أما بينة موكلتي الخطية فهي تقرير طبي صادر من مستشفى المقاصد في القدس التابع لوزارة الصحة الفلسطينية وإنني أبرزه لمحكمتكم الموقرة، وأبرزه من يده، ومن تلاوته تبين ما يلي: السلطة الوطنية الفلسطينية وزارة الصحة، مستشفى المقاصد، تقرير طبي، الاسم: نائلة إبراهيم أحمد حسن، العمر (٢٢) سنة، الجنس أنثى، السكن القدس، رقم السرير (١٠١) محول من مركز الشرطة في القدس، وسيلة النقل سيارة إسعاف تابعة لمستشفى المقاصد، تاريخ وساعة الحضور ١٥/ ٤/ ٢٠٠٣ الثانية بعد الظهر، أدخلت المريضة نائلة إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها إلى المستشفى بسبب إصابتها بنزيف دم في الأنف وكدمات في الوجه والصدر والظهر واليدين والرجلين، أحضرت إلى المستشفى بناء على إشارة مستلمة من قبل مركز شرطة القدس، ومكثت في المستشفى يومين، وأعطيت العلاج اللازم حسب الأصول، موقع من قبل طبيب المستشفى الدكتور هاني عابدين ومصدق من وزارة الصحة الفلسطينية مؤرخ بتاريخ ١٧/ ٤/ ٢٠٠٣. بعد تلاوة التقرير المذكور وجد خالياً عن شائبتي التصنيع والتزوير فحفظ بين أوراق هذه الدعوى.

أما بالنسبة لبينتي الشخصية فهي شهادة كل واحد من الشهود: إسماعيل إبراهيم أحمد حسن، وسالم أحمد سالم حمدان وسلمان أحمد سالم حمدان، وأحصر بينتي الشخصية بمن ذكرت من الشهود ولا شاهد لي سواهم، وألتمس من المحكمة الموقرة إمهالي لإحضارهم والاستماع لشهادتهم في جلسة قادمة.

المحكمة تقرر إجابة طلب وكيل المدعية وتأجيل الدعوى ليوم الاثنين ٦/ ١٠/ ٢٠٠٣م الساعة التاسعة صباحاً.

أفهم علناً للطرفين حسب الأصول. تحريراً في٤شعبان ١٤٢٤هـ وفق ٣٠/ ٩/ ٢٠٠٣م

توقيع المدعى عليه　　توقيع وكيل المدعية　　توقيع الكاتب　　توقيع القاضي

في اليوم المعين حضر وكيل المدعية وحضر بحضوره المدعى عليه عودة المذكور، وبسؤال وكيل المدعية عما طلب الإمهال من أجله في الجلسة السابقة قال: لقد أحضرت الشاهد عماد إبراهيم أحمد حسن وهو حاضر في قاعة المحكمة ألتمس من المحكمة سماع شهادته.

وبالنداء حضر الشاهد المسمى الرجل المكلف شرعاً والمعروف لدينا ذاتاً بهويته الشخصية عماد إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها، وغبَّ الاستشهاد الشرعي منه شهد بعد أدائه القسم قائلاً: (والله العظيم إنني أعرف المدعية نائلة إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها وعودة المدعى عليه المذكور من غير عداوة ظاهرة ولا قرابة مانعة، وإن المدعية نائلة المذكورة هي شقيقتي، وهي زوجة ومدخولة بصحيح العقد الشرعي للمدعى عليه عودة المذكور بموجب وثيقة عقد الزواج الصادرة عن محكمة القدس الشرعية بتاريخ ١٥/١١/٢٠٠٢ م والحاملة للرقم (١٨١٧٧) والمنظمة بمعرفة المأذون الشرعي التابع لها الشيخ مصطفى الطويل، ولقد زفت نائلة المذكورة إلى زوجها المدعى عليه عودة المذكور بتاريخ ٢٥/١٢/٢٠٠٢ م، وقد بدأت المشاكل والخلافات بين المدعية نائلة المذكورة وعودة المدعى عليه المذكور بعد شهر من زفافهما، حيث إن الزوج عودة بدأ يعامل زوجته المدعية نائلة معاملة قاسية وغير شرعية، وبدأ بالإساءة لزوجته والإضرار بها، ففي نهاية شهر ١/٣/٢٠٠٣م حضرت الزوجة نائلة لزيارة والدتها وقبل العصر غادرت إلى بيت الزوجية برفقتي أنا وبرفقة شقيقي رشاد ونتيجة للمواصلات الصعبة تأخرنا في الطريق ووصلنا إلى بيت الزوجية قبل المغرب، ولما عاد الزوج المدعى عليه عودة المذكور وسأل زوجته نائلة عن الوقت الذي عادت فيه من بيت والديها أخبرته أنها حضرت بعد العصر وقبل المغرب بقليل بسبب صعوبة المواصلات، فانهال عليها ضرباً في وجهها وظهرها وصدرها وعلى جميع أنحاء جسمها بسلك كهربائي وبحضور شقيقي رشاد، وتدخل المصلحون لإنهاء الخلافات بين الزوجين إلا أنهم عجزوا عن الإصلاح، ومن الذي تدخلوا للإصلاح بين الزوجين خليل أحمد خليل حسن وسمعان أحمد خليل حسن. وبتاريخ ٢٢/٣/٢٠٠٣م حضر الزوج عودة المدعى عليه إلى بيت والدي من أجل إنهاء الخلاف الذي حصل بينه وبين زوجته نائلة المدعية ولما سأله والد الزوجة عن سبب ضربه لزوجته نائلة أمام

شقيقيها إسماعيل وعبد الله، فقال إنه لا يعرف كيف حصل معه ذلك وتعهد بعدم ضربها معتذراً عمّا بدر منه، وكانت هـذه الجلسة بحضور إخواني رشاد وإسماعيل وعبد الله، هذا ما أعرفه، وهذه شهادتي وبها أشهد والله على ما أقول شهيد).

المحكمة تسأل وكيل المدعية نائلة إن كان يرغب بمناقشة الشاهد، فقال لا مناقشة للشاهد، وقال المدعى عليه كذلك: لا مناقشة للشاهد.

توقيع الشاهد

قال وكيل المدعية ألْتمس من المحكمة الموقرة إمهالي لإحضار بقية شهودي.

المحكمة تقرر إجابة طلب وكيل المدعية وتأجيل الدعوى ليوم الإثنين ١٠/ ١١/ ٢٠٠٣م الساعة التاسعة صباحاً.

أفهم علناً حسب الأصول. تحريراً في ٢٨/ شعبان / ١٤٢٤هـ وفق ٦/ ١٠/ ٢٠٠٣م.

توقيع المدعى عليه توقيع وكيل المدعية توقيع الكاتب توقيع القاضي

في اليوم المعين حضر وكيل المدعية وحضر بحضوره المدعى عليه، وبسؤال وكيل المدعية عما طلب الإمهال من أجله قال: قد أحضرت بعض شهودي ألْتمس من المحكمة الموقرة سماع من أحضرت منهم.

وبالنداء حضر الشاهد المسمى الرجل المكلف شرعاً والمعروف لدينا ذاتاً رشاد إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها، وغبَّ الاستشهاد الشرعي منه شهد بعد أدائه القسم قائلاً:

(والله العظيم إنني أعرف المدعية نائلة إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها، وأعرف المدعى عليه عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها، وأعرفهما من غير عداوة ظاهرة ولا قرابة مانعة، فالمدعية نائلة المذكورة هي شقيقتي وهي زوجة ومدخولة بصحيح العقد الشرعي للمدعى عليه عودة المذكور بموجب وثيقة عقد الزواج الصادرة عن محكمة القدس الشرعية بتاريخ ١٥/ ١١/ ٢٠٠٢ م وحاملة للرقم (١٨١٧٧) بمعرفة المأذون الشرعي التابع لها الشيخ مصطفى الطويل، وتم الزفاف بينهما بتاريخ ٢٥/ ١٢/ ٢٠٠٢م، وبعد شهر واحد من الزفاف بدأت

المشاكل بين الزوجة المدعية نائلة والزوج المدعى عليه عودة، وأول مشكلة - لت بينهما كانت في نهاية شهر ٢٠٠٣/٣/١م عندما حضرت الزوجة المدعية نائلة لزي ة والديها فعادت إلى بيت الزوجية بعد العصر، إلا أن صعوبة المواصلات حالت دون وصولها في الموعد المحدد فوصلت قبل المغرب، ولما عاد زوجها المدعى عليه عودة إلى بيت الزوجية وسألها عن موعد عودتها أخبرته أنها عادت قبل المغرب لصعوبة المواصلات مع أنها عادت برفقتي وبرفقة شقيقي عماد، فلما انتهت من كلامها انهال عليه ضرباً على وجهها وصدرها وظهرها بسلك كهربائي، وبتاريخ ٢٠٠٣/٣/٢٢ حضر المدعى عليه المذكور إلى بيت والدي لإنهاء خلاف حدث بينه وبين زوجته نائلة، وكان قد ضربها بتاريخ ٢٠٠٣/٣/٢٥ وأقر أنه ضربها ولا يعرف كيف حصل منه ذلك، وتعهد ألاّ يضربها ثانية، وكان إقراره هذا أمام والدي وإخواني رشاد وإسماعيل وعبد الله، وبتاريخ ٢٠٠٣/٤/٢٠ م حضر إلى بيت والدي من أجل الخلاف الذي حصل بينه وبين زوجته وقد أقر أنه قام بضربها بسبب تأخرها في إحضار الطعام وأنه سب والدها وقال لها (أنت حيوانة)، وأقر بذلك أمام عدد من الأشخاص منهم والدي وإخواني إسماعيل وعبد الله وإخوانه سالم أحمد سالم حمدان وسلمان أحمد سالم حمدان، وتدخل عدد من المصلحين لإنهاء الخلاف بين الزوجين المتداعيين؛ إلا أنهم عجزوا عن ذلك وأصبح من المستحيل استمرار الحياة الزوجية بين الطرفين المتداعيين، واشتهرت خلافاتهم بين الناس والأهل والأقرباء والجيران وهذه شهادتي وبها أشهد والله على ما أقول شهيد).

المحكمة تسأل وكيل المدعية إن كان يرغب بمناقشة الشاهد فقال: لا مناقشة للشاهد، وقال المدعى عليه: لا مناقشة للشاهد.

توقيع الشاهد

وبالنداء حضر الشاهد المسمى الرجل المكلف شرعاً والمعروف لدينا ذاتاً إسماعيل إبراهيم حسن من القدس وسكانها، وغبّ الاستشهاد الشرعي منه شهد بعد أدائه القسم قائلاً: (والله العظيم إنني أعرف المدعية نائلة إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها، وأعرف عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها،

وأعرفهما من غير عداوة ظاهرة ولا قرابة مانعة، فالمدعية نائلة المذكورة هي شقيقتي وزوجة مدخولة بصحيح العقد الشرعي للمدعي عليه بموجب وثيقة عقد الزواج الصادرة عن محكمة القدس الشرعية بتاريخ ١٥/١١/٢٠٠٢م وحاملة للرقم (١٨١٧٧) والمنظمة بمعرفة المأذون الشرعي التابع لها الشيخ مصطفى الطويل.
وزفت المدعية نائلة المذكورة إلى المدعى عليه عودة المذكور بتاريخ ١٥/١٢/٢٠٠٢، وبعد شهر واحد من الزفاف بدأت المشاكل بين الزوجين المتداعيين، فقد بدأ الزوج عودة المدعى عليه يعامل زوجته نائلة المدعية بكل قسوة ومعاملة غير شرعية ويعمل كل ما من شأنه الإضرار بها، وحضر إلى بيت والدي بتاريخ ٢٢/٣/٢٠٠٣م لإنهاء المشاكل بينه وبين زوجته نائلة المذكورة وأقرَّ أنه ضرب زوجته بسلك كهربائي في نهاية شهر ١/٢٠٠٣ لما عادت من بيت والدها إلى بيت الزوجية بسبب تأخرها بحضور أخويَّ رشاد وعماد، واعترف بضرب زوجته أمام أخويها إسماعيل وعبد الله، وقال: إنه لا يعرف كيف حصل ذلك منه، واعترف بتاريخ ١٨/٤/٢٠٠٣م أمام إخواني عماد ورشاد وعبد الله ووالدي وأخويه سالم أحمد سالم حمدان وسلمان أحمد سالم حمدان بضرب زوجته وقد تم نقلها إلى المستشفى بسبب هذا الضرب، ووعد بعدم عودته لضربها مرة أخرى.
وقد تدخل المصلحون لإنهاء المشاكل بين الزوجين المتداعيين، إلا أنهم عجزوا عن ذلك بسبب استحكام الخلاف والنزاع بين الزوجين بصورة يصعب حلها ولا يمكن معها الاستمرار في الحياة الزوجية. ولهذا الأسباب غادرت الزوجة نائلة المذكورة بيت الزوجية وعادت إلى بيت والدها، واشتهر النزاع والخلاف بين الزوجين على مستوى الأهل والأقارب والجيران والناس وإن جميع محاولات الإصلاح باءت بالفشل وأصبحت الحياة بين الزوجين نائلة وعودة مستحيلة وعجز المصلحون عن حلها وهذا كل ما أعرفه عن مشاكل الزوجين، المتداعيين وهذه شهادتي والله على ما أقول شهيد).

المحكمة تسأل وكيل المدعية إن كان يرغب في مناقشة الشاهد فقال: لا مناقشة للشاهد، وكذلك قال المدعى عليه عودة المذكور.

توقيع الشاهد

وبالنداء حضر الشاهد المسمى الرجل المكلف شرعاً والمعروف لدينا ذاتاً بهويته الشخصية سالم أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها، وغبَّ الاستشهاد الشرعي منه شهد بعد أدائه القسم قائلاً: (والله العظيم إنني أعرف نائلة إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها، وأعرف المدعى عليه عودة أحمد سالم حمدان، وأعرفهما من غير عداوة ظاهرة ولا قرابة مانعة، والمدعى عليه عودة المذكور هو شقيقي، والمدعية نائلة المذكورة هي زوجة ومدخولة بصحيح العقد الشرعي للمدعى عليه عودة المذكور وذلك بموجب وثيقة عقد الزواج الصادرة عن محكمة القدس الشرعية بتاريخ ١٥/ ١١/ ٢٠٠٢م، والحاملة للرقم (١٨١٧٧) والمنظمة بمعرفة المأذون الشرعي التابع لها الشيخ مصطفى الطويل، وتم زفاف الزوجة المدعية نائلة المذكورة إلى زوجها المدعى عليه عودة المذكور بتاريخ ٢٥/ ١٢/ ٢٠٠٣م، وقد علمتُ بوجود مشاكل وخلافات بين المدعية نائلة والمدعى عليه عودة بعد شهرين من زواجهما وذلك من خلال شقيقي المدعى عليه عودة المذكور الذي أعلمني بوجود المشاكل والخلافات بينه وبين زوجته نائلة المذكورة وبتاريخ ١٨/ ٤/ ٢٠٠٣م، ولما توجهنا إلى بيت والد زوجته لإرجاعها إلى بيت الزوجية جلست أنا وشقيقيَّ سلمان وعودة المدعى عليه مع والد نائلة وإخوانها، وبدأ الحديث حول الخلافات اعترف وأقر شقيقي المدعى عليه عودة أنه قام بضرب زوجته نائلة في نهاية شهر ١/ ٢٠٠٣م وبتاريخ ٢٠/ ٣/ ٢٠٠٣م وبتاريخ ١٥/ ٤/ ٢٠٠٣م وهي المرة التي تم نقلها فيها إلى المستشفى، وحاولت أنا وشقيقي سالم أن نعيد الأمور بين الزوجين إلى وضعها الطبيعي إلا أننا عجزنا عن الإصلاح بين الزوجين لاستحالة ذلك نتيجة الخلافات الكبيرة، وتدخل عدد من المصلحين لإنهاء الخلاف بين الزوجين فعجزوا عن ذلك أيضاً، وقد اشتهر هذا الخلاف الواقع بين الزوجين بحيث أصبح يعلمه الأهل والأقرباء والأصدقاء وأهل الحي الذي نسكن فيه، وهذا كل ما أعرفه عن هذا الموضوع، وهذه شهادتي وبها أشهد والله على ما أقول شهيد).

المحكمة تسأل وكيل المدعية إن كانت له مناقشة للشاهد، فقال: لا مناقشة للشاهد، وكذلك قال المدعى عليه: لا مناقشة للشاهد.

توقيع الشاهد

قال وكيل المدعية لقد قامت البينة على دعوى موكلتي ألتمس من المحكمة الموقرة إجراء الإيجاب الشرعي.

المحكمة تقرر تأجيل الدعوى ليوم الإثنين ١٠/ ١١/ ٢٠٠٣ الساعة التاسعة صباحاً، لتدقيق شهادة الشهود.

أفهم علناً للطرفين حسب الأصول. تحريراً في ٦/ ١٠/ ٢٠٠٣م.

توقيع المدعى عليه　　توقيع وكيل المدعية　　توقيع الكاتب　　توقيع القاضي

في اليوم المعين حضر وكيل المدعية وحضرت بحضوره المدعية المكلفة شرعاً والمعروفة لدينا ذاتاً بهويتها الشخصية نائلة إبراهيم احمد حسن من القدس وسكانها وحضر بحضورهما المدعى عليه عودة المذكور، المحكمة من تدقيقها لشهادة الشهود فإنها تقرر أن شهادة الشاهد رشاد إبراهيم أحمد حسن والشاهد إسماعيل إبراهيم أحمد حسن والشاهد سالم أحمد سالم حمدان جميعهم من القدس وسكانها قد طابقت دعوى المدعية نائلة، وعليه فإنها تسأل المدعى عليه عودة المذكور عن أقواله في شهادة الشهود الذين قررت المحكمة مطابقتها لدعوى المدعية نائلة، فقال: أطلب من المحكمة الموقرة إجراء الإيجاب الشرعي، المحكمة: وحيث طابقت شهادة شهود دعوى المدعية فإنها تقرر قناعتها بها وقبولها والاعتماد عليها. وحيث إن المدعية نائلة والمدعى عليه حاضران في قاعة هذه المحكمة فإنها تقرر بذل جهدها للإصلاح بينهما.

وبعرض الصلح على الزوج المدعى عليه عودة المذكور، قال: إنني على استعداد كامل لإعادة الحياة الزوجية بيني وبين زوجتي حسب الشريعة الإسلامية وما أمر الله عز وجل، وأتعهد بعدم العودة إلى ما حدث في الماضي مطلقاً، وألتزم بأن أعيش وزوجتي كما أمر الله وبكل صفاء وسعادة وسرور.

وبعرض الصلح على الزوجة نائلة المذكورة قالت: إنني أرفض المصالحة مع زوجي المدعى عليه عودة، لأنني عشت حياة شقية وتعيسه معه، وكان يضربني كل يوم، وإن الحياة بيني وبينه مستحيلة على الإطلاق وأرفض الصلح معه نهائياً.

المحكمة: حيث الأمر كما سبق فإنها تقرر إعطاء الزوج المدعى عليه عودة المذكور مهلة كي يصلح نفسه مع زوجته سنداً للمادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية، وتقرر تأجيل الدعوى ليوم الخميس ١١/١٢/٢٠٠٣م الساعة التاسعة صباحاً.

أفهم علناً للطرفين حسب الأصول. تحريراً في ١٠/١١/٢٠٠٣م.

توقيع المدعى عليه	توقيع المدعية	توقيع وكيل المدعية	توقيع الكاتب	توقيع القاضي

في اليوم المعين حضرت المدعية ووكيلها، وحضر بحضورهما المدعى عليه.

المحكمة: حيث إن هذه المحكمة قررت في جلستها السابقة إعطاء الزوج مهلة لمدة شهر حتى يصلح نفسه مع زوجته نائلة المدعية فإنها تسأله إن كان أصلح نفسه مع زوجته نائلة المدعية، فقال إنني لم أتمكن من إصلاح نفسي مع زوجتي نائلة المدعية، ولا زال الخلاف بيننا قائما، فزوجتي المدعية ترفض الإصلاح معي رغم كل محاولات الإصلاح التي قمت ببذلها.

وبسؤال المدعية عن الإصلاح بينها وبين زوجها عودة المدعى عليه قالت: إن الحال بيني وبينه لا زال كما هو ولم يحدث الصلح بيني وبينه حتى اللحظة.

المحكمة: وحيث الأمر كما ذكر المتداعيان من عدم حصول صلح بينهما فإنها تقرر إحالة هذه الدعوى إلى حكمين عدلَيْن ثقتَيْن، عالِمَيْن بأحوال الشريعة الإسلامية الغراء قادرَيْن على الإصلاح بين الزوجين المتداعيين عملاً بالمادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية.

والمحكمة تسألهما إن كان في أهلهما من يصلح أن يكون حكماً بينهما، فقال المتداعيان بلسانٍ واحدٍ: لا يوجد في أهلنا من يصلح أن يكون حكماً وفق الشروط التي ذكرتها ونصت عليها المادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية. وقد ثبت ذلك للمحكمة من خلال تحرياتها حول ذلك، وعليه فإن المحكمة لقناعتها بما ذكره المتداعيان فإنها تقرر انتخاب كل واحد من الحكمين الشرعيين العدلين الثقتين العالمين بأحوال الشريعة الإسلامية الغراء القادرين على الإصلاح بين الزوجين

المتداعيين وهمـا فضيلة الشيخ عـماد خالد النشاشيـبي وفضيلة الشيخ حسـام سعد الدين العلـمي، وعلى الحكمين المذكـورَيْن الاجـتـمـاع مع الـطرفين المتـداعـيين والاستـماع إلى أقـوالهما وأقـوال من له علاقـة بهما، وتدوين تـلك الأقوال في محاضـر موثقة والتوقيـع عليها من الطرفين المتداعيـين، وإن رأيا طريقة للإصلاح والتوفـيق بين الطرفين المتداعـيين وكانت مرضـية لهمـا أقراها، وإلاً قررا التـفريق بينهما وَفْقَ ما نصت عليه أحكام المادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية.

وقد تم تقدير أتعاب وبـدل انتقال لكل واحد منهما مبلـغاً وقدره مائة دينار أردني، وتقرر المحكمة تبليغَ ذلك للحكمين المذكورين وإعلامَهما بأن عليهما تقديمُ تقريرٍ بذلك بعد أن تودع المدعية نائلة المذكورة المبلغ الذي قررته المحكمة للحكمين في صندوق هذه المحكمة بالإضافة إلى رسوم التبليغ.

وتقرر المحكمة تأجيل الدعوى ليوم الأربعاء ١٠/ ١٢/ ٢٠٠٣ الساعة التاسعة صباحاً.

أفهم علناً للطرفين حسب الأصول. تحريراً في ١١/ ١٢/ ٢٠٠٣م.

توقيع المدعى عليه	توقيع وكيل المدعية	توقيع المدعية	توقيع الكاتب	توقيع القاضي

في اليوم المعين حضرت المدعـية ووكيلها وحضر بحـضورهما المدعى عليه، وتبين من أوراق الدعوى أنه قـد ورد لهذه المحكمة تقرير الحكمين الشـرعين الذين انتخبتهما المحكمة الشيخ عماد خالد النشاشيبي والشيخ حسام سعد الدين العلمي، ومن تلاوة التقـرير تبين أنه يتضـمن ما يلي: (بسم الله الرحـمن الرحيم، فـضيلة قاضي القدس الشرعي المحترم، مقدم التقرير الشيخ عماد خالد النشاشيبي والشيخ حسام سـعد الدين العلمي، الموضوع تقريـر الحكمين الشرعيين الشيخ عـماد خالد النشاشيبي والشيخ حسام سعد الدين العلمي في الدعوى أساس ٢١٩/ ٢٠٠٣ بين المتداعيين نائلة إبراهيم أحمد حسن زوجة ومدعية ومدخولة بصحيح العقد الشرعي لعـودة أحمد سـالم حمـدان زوج ومدعى عليـه كلاهمـا من القدس وسكانـها، بالإشـارة إلى كـتـابكـم رقم ١١١/ ٨٠/ ٢٠٠٣ المؤرخ بتـاريخ ١٠/ ١١/ ٢٠٠٣ والمتضمن انتـخابنا حكمين شرعيين في الدعـوى أساس ٢١٩/ ٢٠٠٣ المتكونة بين

المدعيـة نائلة إبراهيم احمد حسـن والمدعى عليه عودة أحمـد سالم حمدان، فـقد اجتمـعنا مع المتداعيين نائلة وعودة المذكورين في عـدة مجالس شرعية، واسـتمعنا إلى أقوالهـما وأقوال من له علاقـة بينهما، وإلى شـهادة من ذكره المتداعـيان وتم تدوين ذلك كله في محاضر مرفقة موقعة من أصحاب العلاقة حسب الأصول.

وقد ثبت لنا أن الحيـاة الزوجية بين المتداعيين مـستحيلة وتحقـقت لنا القناعة بذلك، ولم نتمكن من الإصلاح بينهما لذا قررنا التـفريق بينهما بطلقة واحدة بائنة بينونة صغرى وقررنا أن نسبة الإساءة من الزوج ٩٠٪ وأن نسبة الإساءة من الزوجة هي ١٠٪.

وبالرجوع إلى وثيقـة عقد زواج الطرفين الصادرة عن شرعيـة القدس بمعرفة المأذون الشـرعـي مـصطفى الطويل الحـاملة للرقم (١٨١٧٧) المؤرخـة بتـاريخ ١٥/ ١١/ ٢٠٠٤ تبين لنا أن المهـر المعجل ديناراً أردنيـاً واحداً مـقبـوضاً، والمـهر المؤجل ثلاثة آلاف دينار، وتوابع المهر مصاغٌ ذهبيٌ وزنه ثلاثمائة غرام، وأثاث بيت الزوجـية بـقيـمـة ثلاثة آلاف دينار أردني، وثبت لنا أن المصـاغ الذهبي في ذمـة الزوجة.

وبسؤال أهل الخبرة وهم تجار الذهب فـقد تبين لنا أن سعر الذهب هو مبلغ وقدره ألفـان وأربعمـائة دينار أردني بواقع ثمانيـة دنانير أردني لكـل غرام ذهب، وبهذا يكون مـهر الزوجـة المدعية نائلة مـبلغا ثمـانية آلافٍ وأربعمـائة دينارٍ أردني ودينار أردني واحد، وباحـتساب نـسبة الإسـاءة فإن لها مـبلغ وقدره سبـعة آلاف وخمسمائة وسـتون دينار وتسعين قرشاً أردنياً، وحيث إنها قـبضت من المهر مبلغاً وقدره ثلاثة آلاف دينار أردني واحـد، فإن لها الحق في مطالبته بمـبلغٍ وقدره أربعة آلاف وخمسماية وتسعة وخمـسين ديناراً وتسعين قرشاً أردنياً، هذا لعلم فضيلتكم ولإجراء المقتـضى الشرعي وفق المادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصـية حسب الأصول).

المحكمة تسأل المدعيةَ ووكيـلَها والمدعى عليه عن قولهم في تقرير الحكمين، فقالوا نلتمس من المحكمة الموقرة إجراء الإيجاب الشرعي.

وعليه فـإن المحكمة تقـرر الاعتـماد عليـه، وتسأل الطرفين المتـداعيين عن كلامهـما الأخير في هذه الدعوى حيث لم يـبق فيها ما يقال. فـقالا نطلب إجراء الإيجاب الشرعي.

وعليه، ولتوفر أسباب الحكم، أعلنْتُ ختام المحاكمة وأصدرتُ القرار التالي باسم الله تعالى.

أفهم علناً حسب الأصول. تحريراً في ١٠/١٢/٢٠٠٣م.

توقيع المدعى عليه	توقيع وكيل المدعية	توقيع المدعية	توقيع الكاتب	توقيع القاضي

رابعاً: القرار الابتدائي

القرار

بناء على الدعـوى والطلب والبيـنتين الخطية المبـرزة والشخـصيـة المقتنعـة، وتوفيقاً للإيجاب الشرعي، وسنداً للمواد: (١٨١٧) من مجلة الأحكام العدلية، و (٥٦) و (٦٧) و (٧٥) من قـانون أصـول المحاكـمـات، و (١٣٢) و (١٣٣) من قانون الأحوال الشخصية، فقد حكمتُ بتصديق قرار الحكمين المتضمن التفريق بين المدعية نائلة وبين زوجها المدعى عليه عودة المذكور بطلقة واحدة بائنة بينونة صغرى للنزاع والشقاق المستحكم بينهما وفق ما جاء في قرار الحكمين، حيث تبين أن نسبة الإساءة من الزوج عـودة ٩٠٪ ونسبـة الإساءة من الزوجة نائـلة ١٠٪، وبالرجوع إلى وثيقة عقـد زواج الطرفين الصادرة عن محكمة القدس الشرعـية بمعرفة المأذون الشرعي الشيخ مصطفى الطويل تبين أن المهر المعجـل ديناراً أردنياً واحداً مقبوضاً، والمؤجل ثلاثة آلاف دينار أردني، وتوابع المهـر المعجل مصـاغٌ ذهبيٌّ وزنه ثلاثمائة غرام عيار (٢١)، وأثاث بيت الزوجية بقيمة ثلاثة آلاف دينار أردني، وبسؤال أهل الخبرة وهم تجار الذهب فقد تبين أن ثمن الذهب ألفان وأربعمائة دينار أردني بواقع ثمانية دنانير أردنية لكل غرام، وثبت أن المصاغ الذهبي في ذمة الزوجة، وعليه فإن مجموع المهـر ثمانية آلاف وأربعمائة ودينار أردني واحد، وباحتسـاب نسبة الإساءة فإن لها مـبلغاً وقدره سبـعة آلاف وخمسـمائة وستين ديناراً وتسعين قـرشاً أردنياً،

وحيث إنها تسلمت مبلغاً وقـدره ثلاثة آلاف دينار ودينار أردني واحد فإن لها الحق في مطالبته بمبلغ وقدره أربعة آلاف وخمسمائة وتسعة وخمسين ديناراً وتسعين قرشاً أردنياً، وأن عليها العدة الشرعية اعتباراً من تاريخه أدناه، وأنها لا تحل له إلا بعقد ومهـر جديدين ما لم تكن مـسبوقة منـه بطلقتين، وضمَّنتُ المدعى عليـه الرسوم والمصاريف ومبلغاً قدره عشرون ديناراً أردنياً أتعـاب محاماة لوكيل المدعية، حكماً وجاهـياً قابـلاً للاستـئناف وتابعاً له، مـوقوفَ النفـاذ على تصديقـه من محكـمة الاستئناف الشرعية.

أفـــهم علـناً للـطرفين. تحـــريراً فـي ١٦/ شـــوال/ ١٤٢٤هـ وفق ١٠/ ١٢/ ٢٠٠٣م.

توقيع الكاتب | توقيع القاضي

خامساً: القرار الاستئنافي

هيئة المحكمة

الرئيس: . . .

العضو: . . .

العضو: . . .

المدعية: نائلة إبراهيم أحـمد حسن من القـدس وسكانها، وكيلهـا المحامي خليل خالد.

المدعى عليه: عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها.

موضوع الاستئناف: التفريق للنزاع والشقاق.

تاريخ الاستئناف: ١٠/ ١/ ٢٠٠٤

رقم الاستئناف: ١٣/ ٢٠٠٤

الحكم المستـأنف: وجاهي صادر عن محكمـة القدس الشرعيـة في الدعوى أساس ٢١٩/ ٢٠٠٣ سجل ٣٤٦ / صفـحه ١١٦ عدد ١٩ تاريخ ١٠/ ١/ ٢٠٠٤ المرفوع بموجب المادة (١٣٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

القرار الصادر باسم الله تعالى

بعد الاطلاع على محضر الدعوى وسائر الأوراق المتعلقة بها تبين ما يلي:

١- أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها الوجاهي بالتفريق بين المدعية نائلة المذكورة والمدعى عليه زوجها عودة المذكور بتصديق قرار الحكمين المتضمن التفريق بين المدعية نائلة المذكورة وبين زوجها المدعى عليه عودة المذكور بطلقة واحدة بائنة بينونة صغرى للنزاع والشقاق المستحكم بينهما وَفق ما جاء في قرار الحكمين، حيث تبين أن نسبة الإساءة من الزوج عودة المدعى عليه ٩٠٪ ونسبة الإساءة من الزوجة نائلة المدعية ١٠٪، وبالرجوع إلى وثيقة عقد زواج المتداعيين الصادرة عن محكمة القدس الشرعية بمعرفة المأذون الشرعي التابع لها الشيخ مصطفى الطويل بتاريخ ١٥/١١/٢٠٠٢، والحاملة للرقم (١٨١٧٧) تبين أن المهر المعجل دينارٌ أردنيٌّ واحد والمؤجلَ ثلاثةُ آلاف دينارٍ أردنيٍّ، وتوابع المهر المعجل مصاغٌ ذهبي وزنه ثلاثمائة غرام عيار (٢١)، وأثاثُ بيت الزوجية بقيمة ثلاثة آلاف دينارٍ أردني. وبسؤال أهل الخبرة وهم تجار الذهب فقد تبين أن سعر الذهب مبلغٌ وقدره ألفان وأربعمائة دينار أردني بواقع ثمانية دنانير أردنية لكل غرام، وثبت أن المصاغ الذهبي في ذمة الزوجة، وعليه فإن مجموع المهر مبلغٌ قدرُه ثمانية آلاف وأربعمائة دينار ودينار أردني واحد، وباحتساب نسبة الإساءة فإن لها مبلغاً وقدره سبعة آلاف وخمسمائة وستين ديناراً وتسعين قرشاً أردنياً، وحيث إنها تسلمت مبلغاً وقدره ثلاثة آلاف دينار ودينارٌ أردني واحد فإن لها الحق في مطالبته بمبلغِ أربعةِ آلاف وخمسمائةٍ وتسعةٍ وخمسين ديناراً وتسعين قرشاً أردنياً، وأن عليها العدة الشرعية اعتباراً مِن تاريخهُ أدناه، وأنها لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين ما لم تكمن مسبوقة منه بطلقتين، وتضمين المدعى عليه الرسومَ والمصاريفَ ومبلغَ عشرين ديناراً أردنياً أتعاب محاماة لوكيل المدعية، حكماً وِجاهياً قابلاً للاستئناف وتابعاً له، موقوفَ النفاذ على تصديقه محكمة الاستئناف الشرعية، بناء على الدعوى والطلب والبينتين الخطية المبرزة والشخصيه المقنعه، وسنداً للمواد: (١٨١٧) من مجلة الأحكام العدلية، و (٥٦) و (٦٧) و (٧٥) من قانون أصول المحاكمات الشرعية و(١٣٢) و (١٣٣) من قانون الأحوال الشخصية.

٢- لما تقدم ذكره وبيانه في البند الأول فإن حكمَ المحكمة بتصديق قرار الحكمين والحكم بالتفريق بين المتداعيين نائلة وعودة المذكورين بطلقة بائنة بينونة صغرى؛ وأن عليها العدة الشرعية اعتباراً من تاريخه أدناه؛ وأنها لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين ما لم تكن مسبوقة منه بطلقتين؛ وأن لها الحق بمطالبته بمبلغ وقدره أربعة آلاف وخمسمائة وتسعة وخمسون ديناراً وتسعون قرشاً أردنياً، وتضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف ومبلغاً قدره عشرون ديناراً أردنياً لوكيل المدعية بناء على الدعوى والطلب والبينتين الخطيه المبرزة والشخصية المقنعة وسنداً للمواد المنوه بها موافقٌ للأصول والوجه الشرعي فتقرر تصديقه حسب الأصول.

تحريراً في ١٥/ ذي الحجه/ ١٤٢٤/ وفق ٢٥/ ٢/ ٢٠٠٤م.

رئيس محكمة الاستئناف الشرعية

سادساً: تبليغ القرار الاستئنافي

مذكرة تبليغ القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة

القدس الشرعية في الدعوى أساس ٢١٩/ ٢٠٠٣

السلطة الوطنية الفلسطينية

ديوان قاضي القضاة / المحاكم الشرعية

محكمة القدس الشرعية

المدعية: نائلة إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها، وكيلها المحامي خليل خالد.

المدعى عليه: عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها.

أبلغكما أن الحكم الصادر في الدعوى أساس ٢١٩/ ٢٠٠٣ ومضمونها طلب التفريق للشقاق والنزاع والمتكونة بينكما قد عاد مصدقاً من محكمة الاستئناف الشرعية الموقرة. وعليه فقد تم تبليغكما ذلك حسب الأصول.

تحريراً في ٢٥/ ذي الحجه / ١٤٢٤هـ

وفق ٢٥/ ٢/ ٢٠٠٤ م.

قاضي القدس الشرعي

المبحث الخامس

التفريق لضرر العيب في الفقه والقانون

المطلب الأول

التفريق لضرر العيب في الفقه

الفرع الأول: تعريف العيب

في اللغة: من عَيَبَ، والعيب الوصمة، والجمع أعياب وعيوب، والعيب والعيبة والْعاب بمعنى واحد، وعاب المتاع: صار ذا عيب، ما فيه معابة ومعاب: أي عيب، وعيَّبه: نسبه إلى العيب، وعيَّبه: إذا جعله ذا عيب. وفي القرآن الكريم: ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا...﴿٧٩﴾﴾ [الكهف]؛ أي أجعلها ذات عيب[1].

في الاصطلاح: (ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصاً)[2].

الفرع الثاني: العيوب المعتبرة في النكاح

العيوب إما مشتركة تصيب الرجال والنساء، وإما خاصة بالرجال، وإما خاصة بالنساء.

---

(١) انظر ابن منظور: لسان العرب١/ ٦٣٣، الفيومي: المصباح المنير ص٢٢٧، الرازي: مختار الصحاح ص٤٦٤.

(٢) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٦/ ٣٢٧

العيوب المشتركة

هي التي يمكن أن يصاب بها كل من الرجل والمرأة. وذكر الفقهاء عشرة من العيوب التي يشترك فيها الزوجان[1]، وأبينها فيما يلي:

١- **الجنون**: وهو في اللغة من جُنَّ بالضم، يقال: جُنَّ جناً وجنوناً، وهو مأخوذ من الاجتنان وهو الاستتار أو التغطية، والمجنون من حيل بينه وبين عقله، فالعقل عند المجنون مستتر[2].

ومعناه في الاصطلاح: (زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة في الأعضاء)[3]. وهو نوعان: أصلي وطارئ، وكل منهما متقطع وممتد.

٢- **البرص**: ومعناه في اللغة من بَرَصَ وهو داء يصيب الجسم، ورجل أبرص وحية برصاء: في جلدها لمع، والذكر: أبرص، والأنثى: برصاء[4].

أما معناه في الاصطلاح: (بياض شديد يبقع الجلد ويذهب دمويَّته)[5].

٣- **الجذام**: وهو في اللغة من جَذَمَ، والجذم: القطع، وجُذِمَ الإنسان: إذا أصابه الجذام لأنه يقطع اللحم ويسقطه، وأجذم: أقطع، والرجل أجذم والمرأة جذماء[6].

وفي الاصطلاح: (علة صعبة يحمرُّ منها العضو ثم يسودُّ ثم ينقطع ويتناثر)[7].

٤- **العذيطة**: وهي في اللغة من عَذَطَ، العذيوط: الرجل الذي إذا أتى أهله أحدث[8].

---

(١) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٨٦ ـ ٥٩٨، النووي: روضة الطالبين ٦/ ١٦٧ ـ ١٦٩، البهوتي: كشاف القناع ١١٦ ـ ١٢٣.

(٢) ابن منظور: لسان العرب ١٣/ ٩٢ ـ ١٠١، الفيومي: المصباح المنير ص ٦٢.

(٣) الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٢٦٧.

(٤) ابن منظور: لسان العرب ٧/ ٥ ـ ٦، الفيومي: المصباح المنير ص ٢٨.

(٥) الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٢٦٨.

(٦) ابن منظور: لسان العرب ١٢/ ٨٦ ـ ٩٠ / الفيومي: المصباح المنير ص ٥٤.

(٧) النووي: روضة الطالبين ٦/ ١٦٧.

(٨) ابن منظور: لسان العرب ٧/ ٣٤٩ ـ ٣٥٠، الفيومي: المصباح المنير ص ٢٠٧.

وفي الاصطلاح: (خروج الغائط من الرجل عند الجماع)[1].

٥- **الخنثى**: وهو لغـة من خَنَثَ، والخنثى الذي لا يخلص لذكـرٍ ولا أنثى، والانخناث: التـثني والتـكسُّـر، وانخنثت عنقـه: مـالت، والخَنيث: المسـترخي المتثني[2].

واصطلاحاً: قيل هو من له فرج النساء وذكر الرجال. وقيل هو من ليس له واحد منهما وإنما له خرق يخرج منه البول وغيره، ولا يشبه واحداً منهما[3].

٦- **عدم استمساك البول**: ويقصـد به (عدم القدرة على إمسـاك البول أو الغائط)[4].

٧- **البخـر في الفم**: لغـة هو من بَخَرَ، وبخـر الفم بخراً: أنتنت ريـحه، والذكر أبخر، والأنثى بخراء، والجمع بُخرٌ[5].

واصطلاحاً هو (نتن ريح الفم)[6].

٨- **العُقم**: ومعناه في اللغـة من عَقُمَ: الذي لا يولد له، ورَحِمٌ معـقومة: مسدودة لا تلد، وريح عقيم: لا تلقح سحاباً ولا شـجراً، وسمي يوم القيامة بيوم عقيم: لأنه لا يوم بعده[7].

٩- **العمى**: وهو في اللغة من عَـمِيَ: وهو مَن فقـد بصره، فالذكـر أعمى والأنثى عمياء، وعَمِيَ الخبر: خفي[8].

---

(١) النووي: روضة الطالبين ٦/١٦٩.

(٢) ابن منظور: لسان العرب ٣/١٤٥ ـ ١٤٦، الفيومي: المصباح المنير ص ٩٧.

(٣) النووي: تهذيب الأسماء والصفات ٣/ ٩٤ ـ ٩٥.

(٤) البهوتي: كشاف القناع ٥/١٢١.

(٥) ابن منظور: لسان العرب ٤/٤٧ ـ ٤٨، الفيومي: المصباح المنير ص ٢٥.

(٦) البهوتي: كشفاف القناع ٥/١٢١.

(٧) الرازي: مـختـار الصـحاح ص٤٤٨، ابن منظور: لسـان العـرب١٢/ ٤١٢- ٤١٤. الفيـومي: المصباح المنير ص٢١٩.

(٨) الرازي: مختار الصحاح ص: ٤٥٦، الفيومي: المصباح المنير ص ٢٢٣.

معناه في الاصطلاح: لا يخرج معناه الاصطلاحي عن معناه اللغوي، لذا لم أجد فيما بين يدي من كتب الفقه من عرف العمى تعريفاً مستقلاً.

١٠- **الإقعاد**: وهو لغة من قَعَدَ، وأُقْعِدَ أصابه داء في جسده فلا يستطيع المشي فهو مقعد(١).

والمقعد اصطلاحاً هو (الذي لا حراك به من داء في جسده فالداء أقعده) وعند الأطباء هو الزَّمِن، وبعضهم فرَّق فقال: المقعد المتشنج الأعضاء، والزمن الذي طال مرضه(٢).

العيوب الخاصة بالزوج

هي التي يمكن أن يصاب بها الرجل دون المرأة، وهي ستة أبينها فيما يلي:

١- **العُنَّة**: وهي في اللغة من عنن، وعنَّ الشيء يعُنُّ عَنَّاً وعَنَناً وعنوناً: إذا ظهر أمامك واعترض، وعننتُه: حبستُه، وعننته في العُنَّة: أي حبسته في الحظيرة(٣).

وفي الاصطلاح: (من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة)(٤).

٢- **الجب**: وهو لغة من جَبَبَ، وجَبَبْتُه جَباً: قطعتُه، مجبوبٌ: من استؤصلت مذاكيره(٥).

وفي الاصطلاح: (من قُطِعَ ذكره وأنثياه معاً أو خلق بلهونها)(٦).

٣- **الخصا**: هو في اللغة من خَصَي، وخصيتُ العبد أخصيتُه خِصاءً: سلَلْتُ خِصيَتَه، وخصيتُ الفرس: قطعتُ ذكره(٧).

---

(١) الرازي: مختار الصحاح ص: ٥٤٤، الفيومي: المصباح المنير ص ٢٦٣.

(٢) المطرزي، ناصر: المغرب ٣٩٠.

(٣) الرازي: مختار الصحاح ص ٤٥٨، الفيومي: المصباح المنير ص ٢٢٤.

(٤) ابن الهمام: فتح القدير ٢٦٧/٤.

(٥) ابن منظور: لسان العرب ٢٤٩/١ ـ ٢٥٣، الفيومي: المصباح المنير ص ٥١.

(٦) عليش: منح الجليل شرح مختصر جليل ٣٨١/٣.

(٧) الرازي: مختار الصحاح ص ١٧٨، الفيومي: المصباح المنير ص ٩١ ـ ٩٢.

وفي الاصطلاح: (الذي سُلّت أنثياه وبقيَ ذكره)[1].

٤- **الاعتراض**: معناه في اللغة: من عَرَضَ، والعريض عند أهل الحجاز خاصة: الخَصِيُّ؛ وجمعه عِرضان وعُرضان، وأعرضتُ العرضان إذا خصيتها[2].

ومعناه في الاصطلاح: (عدم انتشار الذَّكَر)[3]، وهو اصطلاح مالكي فقط.

٥- **التآخذ**: وهو في اللغة من أخذ، والأخذ: خلاف العطاء، وأخذه: تناوله، والتأخيذ: حبس السواحر أزواجهن عن غيرهن من النساء، أو أن تحتال المرأة بحيل في منع زوجها من جماع غيرها من النساء. والتآخيذ نوع من السحر، يقال: لفلانة أخذةٌ تؤخذُ بها الرجال عن النساء، وقد أخذته الساحرة تأخيذاً[4].

وفي الاصطلاح: (الامتناع عن قربان الزوجة لمانع غير حسي)[5].

العيوب الخاصة بالزوجة

هي التي يمكن أن تصاب بها المرأة دون الرجل، وهي ستة أبينها فيما يلي:

١- **الرتق**: وهو في اللغة من رَتَقَ، والرَّتق: ضد الفتق، ورَتَقَه يرتُقُه رتْقاً فارْتَتَقَ: التَأم، وفرْجٌ أرْتَقُ: ملتزق[6].

وفي الاصطلاح: (انسداد محل الجماع باللحم)[7].

٢- **القرن**: وهو في اللغة من قَرَنَ، القرن: النتوء في الرحم يكون في النساء والشاة والبقر، والقرناء من النساء هي التي في فرجها مانع يمنع سلوك الذكر فيه، إما غدة غليظة أو لحمة مرتَتِقَة، أو عظم[8].

---

(١) النسفي: طلبة الطلبة ص ١٣٧.

(٢) ابن منظور: لسان العرب ٧/ ١٧٥.

(٣) انظر حاشية الدسوقي ٣/ ١٠٦، عليش: منح الجليل ٣/ ٣٨٢.

(٤) ابن منظور: لسان العرب ٣/ ٤٧٢ ـ ٤٧٦.

(٥) ابن مودود: الاختيار ٣/ ١١٠.

(٦) ابن منظور: لسان العرب. ١٠/ ١٣ ـ ١١٤.

(٧) النووي: روضة الطالبين ٦/ ١٦٨.

(٨) ابن منظور: لسان العرب ١٣/ ٣٣١ ـ ٣٤٢، الفيومي: المصباح المنير ص ٢٥٨ ـ ٢٥٩.

وفي الاصطلاح: (عظم في الفرج يمنع الجماع)(١).

٣- **العفل**: ومعناه في اللغة من عَفَلَ، وهو الشيء يخرج من فرج المرأة يشبه أدرة الرجل.

وفي الاصطلاح: (لحم ينبت في قبل المرأة)، وقيل يصيب الثيب بعد الولادة، ولا يصيب البكر(٢).

٤- **الإفضاء**: ومعناه في اللغة من فَضَوَ، والفضاء: المكان الواسع المرتفع، وفضا المكان فُضُواً: إذا اتسع، وأفضاها: جعل مسلكيها بالافتضاض واحداً، وهو جعل سبيل الحيض والغائط واحداً، فهي امرأة مفضاة. والمرأة المفضاة: هي التي الْتَقى مسلكاها بزوال الجلدة التي بينها وهو مشتق من الفضاء، وهي المفازة الواسعة(٣).

وفي الاصطلاح: (اختلاط مسلكي الذكر والبول)، أو اختلاط مسلكي الذكر والغائط. وعرفه النووي بأنه: (رفع ما بين مخرج البول ومدخل الذكر)(٤).

٥- بخر الفرج: وهو في اللغة من بَخَرَ، وبَخُرَ الفرج: أنتَنَتْ ريحه(٥).

وفي الاصطلاح: (نتنٌ في الفرج يثور بالوطء)(٦).

٦- الاستحاضة: معناها في اللغة من حَيَضَ، واستُحيضت المرأة أي استمر بها الدم بعد أيام حيضها، ويسيل من عرق يقال له: العاذل(٧).

ومعناها في الاصطلاح: (الدم الخارج على جهة المرض، وهو غير دم الحيض)(٨).

(١) النووي: روضة الطالبين ٦/١٦٨.

(٢) النسفي: طلبة الطلبة ص: ١٢٨، الفيومي: المصباح المنير ص ٢١٧.

(٣) ابن منظور: لسان العرب ١٥/١٥٧ ـ ١٥٨، النسفي: طلبة الطلبة ص ١٧٨.

(٤) انظر حاشية الدسوقي ٣/١٠٥، النووي: روضة الطالبين ٦/١٦٩.

(٥) ابن منظور: لسان العرب ٤/٤٧ ـ ٤٨، الفيومي: المصباح المنير ص ٢٥.

(٦) البهوتي: كشاف القناع ٥/١٢١.

(٧) ابن منظور: لسان العرب ٧/١٤٢ ـ ١٤٣، الفيومي: المصباح المنير ص ٨٥.

(٨) ابن رشد: بداية المجتهد ١/٦٨.

اختلف الفقهاء الذين حصروا العيوب الموجبة للتفريق في أنواع معينة على أربعة مذاهب:

المذهب الأول: العيوب الموجبة للتفريق تنحصر في الجب والعنة والخصاء والتآخذ والخنوثة، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف، حيث أن الحنفية عموماً يرون التفريق للعيوب الموجودة في الرجل دون المرأة(١).

المذهب الثاني: العيوب الموجبة للتفريق تنحصر في ثلاثة مشتركة هي الجنون والجذام والبرص، واثنين يختص بهما الرجل هما الجب والعنة، واثنين تختص بهما المرأة هما الرتق والقرن، وهو الصحيح من مذهب الشافعية(٢).

المذهب الثالث: العيوب الموجبة للتفريق تنحصر في ثمانية هي: الجنون والجذام والبرص والجب والعنة والرتق والقرن والعفل، وهو قول جمهور الحنبلية(٣).

المذهب الرابع: تنحصر العيوب الموجبة للتفريق في ثلاثة عشر عيباً، أربعة مشتركة بين الزوجين هي الجنون والجذام والبرص والعذيطة، وأربعة يختص بها الزوج هي الجب والعنة والخصاء والاعتراض، وخمسة تختص بها الزوجة هي القرن والرتق والعفل والبخر والإفضاء، وهو قول المالكية(٤).

أما العلماء الذين ذهبوا إلى عدم حصر العيوب الموجبة للتفريق بين الزوجين بعدد معين فقد عدُّوا كل ما يتضرر به أحد الزوجين من الآخر، أو يسبب له الإيذاء والضرر، أو يخل بمقصود النكاح عيباً موجباً للتفريق. وهو قول عمر بن

---

(١) ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٢٦٧ ـ ٢٧٤. الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٩٥.

(٢) انظر النووي: روضة الطالبين ٦/ ١٦٧ ـ ١٦٨، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/٢١٧ ـ ٢١٨.

(٣) انظر ابن قدامة: المغني ٦/٤٥٩. البهوتي: كشاف القناع ٥/ ١٢٠ ـ ١٢١.

(٤) انظر حاشية الدسوقي ٣/١٠٣، عليش: منح الجليل ٣/ ٣٨٠.

الخطاب وابنه عبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس - رضي الله عنهم -، وإليه ذهب سعيد بن المسيِّب والزهري وأبو ثور وابن القيم[(١)]، وهو قول محمد بن الحسن[(٢)] وقول عند الشافعية[(٣)].

فالاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة لا وجه له، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما، أو كون الرجل كذلك هو من أعظم المنفرات، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش ومناف للدين والأخلاق، فالقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه؛ ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة وإنجاب الذرية يوجب الخيار، وما أَلْزَمَ الله ورسوله مغروراً قط، ولا مغبوناً بما غُرَّ به[(٤)].

وفي رأيي أن العيوب لاتنحصر؛ لما يلي:

١- لم يستند الفقهاء الذين قالوا بحصر العيوب إلى أي دليل يصح الاعتماد عليه أو الاستناد إليه

٢- العيوب التي ذكرها فقهاء الصحابة ليست على وجه الحصر، بل ذكروا ما أوجب العرف أنه منفر، وهي قاعدة مطَّردة في كل ما يعده العرف منفراً كالقروح وسواها.

٣- الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدماً، والعلة في اعتبار العيوب المتفق عليها والمسوغة للفسخ هي الضرر الناجم عن هذه العيوب، وهذا الضرر موجود في كل شيء يحول دون استمرار الحياة الزوجية. والاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساوٍ لها لا وجه له[(٥)].

٤- العيوب أعم مما ذكر الفقهاء السابقون، فكل عيب يجده أحد الزوجين في الآخر ويتعدى ضرره إلى الغير هو عيب معتبر في ثبوت الخيار في فسخ عقد

---

(١) انظر ابن قدامة المغني ٦/ ٤٥٨، ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٤٥ ـ ٤٧.

(٢) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٩٧.

(٣) انظر النووي: روضة الطالبين ٦/ ١٦٩.

(٤) ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٤٦.

(٥) المصدر ذاته.

الزواج، وقد خصوا الجذام والبرص بالذكر لأنهما كانا شائعين ومستعصيين في زمانهم، ويتعدى ضررهما إلى الغير.

٥- كثير من الأمراض التي كانت مستعصية في السابق أصبح علاجها أمراً يسيراً وسهلاً وفي متناول اليد، وفي الوقت نفسه ظهرت أمراض أشد فتكاً من الأمراض السابقة كالإيدز والسرطان والزهري، لذا فالإطلاق أولى من التحديد والحصر، ولكن هذا مشروط بعدم فتح الباب على مصراعيه فتمتد أطرافه ولا تنضبط حدوده. والضابط في ذلك أن كل ما ينفر الزوج من الآخر ولا يحصل منه مقصود الزواج من المودة والرحمة فهو عيب معتبر يرجع فيه إلى العرف، فإن كل ما ليس له ضابط في الشرع ولا في اللغة فمرده إلى العرف.

الفرع الرابع: مذاهب الفقهاء في التفريق للعيوب

تقوم الحياة الزوجية على السكينة والمودة؛ ومن أولى مقاصدها التناسل لبناء أسرة متماسكة قوية. وحتى تتوفر السعادة الزوجية والحياة المشتركة قدر الإمكان لا بد من خلو الزوجين من العيوب والأمراض والعلل التي تحول دون ذلك.

فإذا وجد أحد الزوجين في الآخر عيوباً وأمراضاً تؤثر في حياتهما ونسلهما، فهل له المطالبة بالتفريق؟

اختلف الفقهاء في التفريق للعيوب على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: لا يجوز طلب التفريق بين الزوجين لأيٍّ عيبٍ في الزوج أو الزوجة، لأن عقد الزواج لا يفسخ بعد أن وقع صحيحاً، وهو قول ابن حزم[١].

المذهب الثاني: للزوجة فقط طلب التفريق بينها وبين زوجها للعيوب، ولا يملك الزوج ذلك لأن له حق الطلاق أما الزوجة فليس لها ذلك، وهو قول الحنفية[٢].

---

(١) انظر ابن حزم: المحلى: ٩/٢٠٨.

(٢) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٨٧.

المذهب الثالث: لكل واحد من الزوجين الحق في طلب التفريق لمرض أو عيب يجده في صاحبه، وهو قول الجمهور، مع اختلافهم في تحديد هذه الأمراض ونوعيتها والشروط التي يجب توفرها في طالب التفريق[١].

المسألة الأولى: التفريق للعيوب عند الرجل

التفريق للجَبّ

اختلف الفقهاء في التفريق بين الزوجين للجب على مذهبين:

المذهب الأول: يجوز التفريق للجب، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[٢] والمالكية[٣] والشافعية[٤] والحنبلية[٥]، واستدلوا لمذهبهم بما يلي:

١- بالإجماع: فقد أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على أن للمرأة الحق في الجماع، ويثبت لها الخيار إن تزوجت المجبوب جاهلة به. روي هذا عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب[٦].

٢- بالقياس: واستدلوا به من ثلاثة وجوه:

الأول: قاسوا عيب الجب على عيب البيع، فكما أن العيب يثبت الخيار في البيع، فكذلك الجب يثبت الخيار في النكاح قياساً أولويًّا، لأن الفائت في البيع أمكن تعويضه بشيء مادي، أما الفائت في الجب فلا يعوَّض، بل يفوت المقصد الأعظم للنكاح وهو المعاشرة والاستمتاع[٧].

الثاني: قياس الجب على العنة، فقد ثبتت الآثار الواردة عن الصحابة رضوان الله عليهم بالتفريق للعنة، وهذا منقول عن عمر بن الخطاب وعثمان بن

---

(١) انظر عليش: منح الجليل ٣/ ٣٨٠، النووي: روضة الطالبين، ابن قدامة: المغني ٦/ ٤٥٩.

(٢) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٩٥

(٣) انظر حاشية الدسوقي ٣/ ١٠٣ ـ ١٠٤.

(٤) انظر النووي: روضة الطالبين ٦/ ١٦٧.

(٥) انظر ابن قدامة: المغني ٦/ ٤٥٩.

(٦) انظر المصدر ذاته ٦/ ٤٥٨، الرملي: نهاية المحتاج ٦/ ٣١٠.

(٧) الرملي: نهاية المحتاج ٦/ ٣١٠.

عفان وعلي بن أبي طالب وابن مسعود، ويقاس الجب على العنة من باب قياس الأولى، لأن العنة محتمل علاجها، أما عيب الجب فلا يمكن علاجه[1].

الثالث: قياس الجب على البرص قياساً أولوياً، فقد ثبت الرد بالبرص عن رسول الله ﷺ وعن الصحابة رضوان الله عليهم، والجب في معناه بمنع الاستمتاع[2].

٣- بالمعقول: فحق المرأة في الوطء مرة واحدة مستحق على الزوج لها في العقد، وفي إلزام العقد عند تقرر العجز عن الوصول تفويت المستحق بالعقد عليها، وهذا ضرر وظلم في حقها، وإمساك المرأة دون التفريق بينها وبين زوجها إن أرادت هو من باب الضرر الذي نهى رسول الله ﷺ عنه في الحديث «لا ضرر ولا ضرار»[3]، وقد أوجب الله سبحانه على الزوج الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان في قوله تعالى: ﴿... فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ...(٢٢٩)﴾ [البقرة]. ومن المعلوم أن استيفاء النكاح عليها مع كونها محرومة الحق من الزوج ليس من الإمساك بالمعروف في شيء، فتعيّن عليه في هذه الحالة التسريح بالإحسان، فإن سرح بنفسه وإلاً فإن القاضي يسرِّحُ عليه[4]. ثم إن الوطء حق للزوجة على الزوج، والجب يتعذر معه الوطء، فيثبت لها الخيار دفعاً للضرر عنها[5].

المذهب الثاني: لا يثبت الخيار للزوجين لوجود أي عيب بهما، وهو قول الظاهرية.

واستدلوا على صحة ما قالوا بما يأتي:

١- جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبتَّ طلاقي، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي؛

---

(١) الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٨٧.

(٢) الرملي: نهاية المحتاج ٦/ ٣١٠.

(٣) سبق تخريجه ص ٧١، الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٨٧.

(٤) الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٨٧

(٥) المصدر ذاته.

وإنما معه مثل الهدبة، قال رسول الله ﷺ «لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته»[1].

وجه الدلالة: أن زوجها لم يطأها، وإحليله كالهدبة لا ينتشر إليها، وتشكوا، ذلك إلى رسول الله ﷺ وتريد مفارقته، فلم يعطها الخيار في طلب التفريق[2].

٢- لم يصح دليل على جواز التفريق لا من كتاب ولا من سنة ولا من أثر ولا معقول[3].

٣- إن كل نكاح صح بكلمة الله - تعالى - وسنة رسوله ﷺ فقد حرم الله به بشرتها وفرجها على من سواه، فمن فرق بينهما بغير قرآن أو سنة ثابتة فقد دخل في صفة الذين ذمهم الله سبحانه بقوله تعالى: ﴿... فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ ...(١٠٢)﴾[4] [البقرة].

وفي رأيي أن طلب التفريق للجب جائز، للأسباب التالية:

١- الاستدلال بقصة امرأة رفاعة يجاب عنه بأنها واقعة حال ربما اقترن بها ما يسوغ بقاءها مع زوجها؛ كأن يكون الكسل عن الجماع عارضاً مؤقتاً، أو أنها تتذرع بذلك للرجوع إلى زوجها، ولو كان عبد الرحمن بن الزبير عنيناً لما علق الرسول ﷺ الرجوع على ذوق العسيلة، لأنه ﷺ لا يعلق حكماً شرعيًّا على وصف مستحيل التحقق، ومن المعلوم أن وقائع الأحوال لا تعم فلا يصح بها الاستدلال.

٢- قوة الأدلة التي تثبت جواز طلب التفريق بين الزوجين؛ من إجماع وقياس ومعقول.

٣- القول بأنه لم يصح في التفريق حديث أو أثر ليس على إطلاقه، بل الثابت أن الصحابة أجازوا التفريق للجب، وهو مروي عن عمر وعثمان وعلي - رضي الله عنهم - وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم[5].

---

(١) صحيح البخاري ٣/ ٣٨٨ حديث رقم (٥٢٦٠).

(٢) ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٠٩.

(٣) انظر المصدر ذاته ٩/ ٢٠٢ ـ ٢٠٥.

(٤) ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٠٨.

(٥) ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٤٤ ـ ٤٥.

٤- إجبار المرأة على المقام مع الرجل المجبوب تفويت لحقها وإضرار بها، وإمساك لها بغير إحسان، وقد ثبت النهي عنه في قوله تعالى: ﴿... فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ...(٢٢٩)﴾ [البقرة]، وقواعد الشرع تنهى عن الضرر بل توجب إزالته[١]، وإزالته تكون بجواز طلب التفريق حال وجود العيب[٢].

التفريق للعنّة

اختلف الفقهاء في ثبوت خيار التفريق لزوجة العنين على مذهبين:

المذهب الأول: يجوز للزوجة طلب التفريق للعنة، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[٣] والمالكية[٤] والشافعية[٥] والحنبلية[٦] واستدلوا لما ذهبوا إليه بالأدلة التالية:

١- طلّق عبد يزيد (أبو ركانة) أم ركانة ونكح امرأة أخرى من مزينة، فجاءت النبي ﷺ فقالت: ما يغني عني إلا كما تغني هذه الشعرة، بشعرة أخذتها من رأسها، تفرق بيني وبينه، **فأخذت النبي ﷺ حمية فدعا بركانة وإخوته**، ثم قال لجلسائه: «أترون فلاناً؟ يعني ولداً له يشبه منه كذا وكذا من عبد يزيد، وفلاناً؟ لابنه الآخر يشبه منه كذا وكذا، قالوا نعم، قال ﷺ لعبد يزيد: «طلقها» ففعل[٧].

وجه الدلالة: أنه ﷺ أمر الرجل الزوج أن يطلق زوجته لعنته لما طلبت ذلك من رسول الله، مما يدل على جواز التفريق للعنة[٨].

٢- أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على ثبوت الخيار بالعنة، فقد ثبت التفريق بالعنة عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وعبد الله

---

(١) ابن نجيم: الأشباه والنظائر ص:٥٨.

(٢) الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٨٧.

(٣) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٨٧، ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٢٦٧.

(٤) انظر الباجي: المنتقى ٥/ ٣٢، عليش: منح الجليل ٣/ ٣٨٢.

(٥) انظر النووي: روضة الطالبين ٦/ ١٦٨. الرملي: نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٩.

(٦) انظر ابن قدامة: المغني ٦/ ٤٥٨ ـ ٤٥٩، البهوني: كشاف القناع ٥/ ١١٧.

(٧) سنن أبي داود كتاب الطلاق باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث.

(٨) ابن حزم: المحلى ٩/ ٤٥.

بن مسعود وسمرة بن جندب والحارث بن أبي ربيعة والمغيرة بن شعبة ومعاوية بن أبي سفيان رضوان الله عليهم[(١)].

٣- قال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في العنين: يؤجل سنة، فإن قدر عليها وإلا فُرِّق بينهما، ولها المهر وعليها العدة[(٢)].

٤- قياس العنة على العيب في البيع، فكما يثبت الخيار في عيب البيع يثبت في النكاح من باب أَوْلَى، لأن الفائت هنا المعاشرة وهي المقصود الأعظم للنكاح، أما في البيع فيمكن تعويضه[(٣)].

المذهب الثاني: لا يثبت الخيار للزوجة بالتفريق للعنة. وهو قول الظاهرية[(٤)].

واستدل ابن حزم على مذهبه بما يلي:

١- قال تعالى: ﴿لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا... (٢٨٦)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: أن الممتنع من وطء زوجته وهو قادر عليه مضارٌّ فوجب منعه من ذلك، أما العاجز فليس بمضارٍّ؛ سنداً للآية الكريمة، فوجب ألاَّ يكلف العنين ما لا يقدر عليه[(٥)].

٢- جاءت امرأة إلى علي بن أبي طالب فقالت: هل لك في امرأة ليست بأيم ولا بذات بعل؟ وجاء زوجها فقال: لا تسأل عنها إلا بيتها، فقال له علي ألا تستطيع أن تصنع شيئاً؟ قال: لا، قال: ولا من السحر؟ قال: لا، قال له علي: **هلكتَ وأهلكتَ، أما أنا فلست مفرقاً بينكما، اتقي الله واصبري**[(٦)].

وجه الدلالة: أن علياً لم يفرق بينها وبين زوجها؛ رغم أنه لا يقوى على جماعها[(٧)].

---

(١) انظر الكاساني بدائع الصنائع ٣/ ٥٨٧، ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٢٦٧، ابن قدامة: المغني ٦/ ٤٥٩، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٢٦٨ ـ ٢٦٩. ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٤٥.

(٢) السنن الكبرى ١/ ٥٢٨ رقم (١٤٦٣١).

(٣) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٨٧، حاشية العدوي على الخرشي ٤/ ٢٦٤ ـ ٢٦٥.

(٤) ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٠٢.

(٥) ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٠٧.

(٦) السنن الكبرى ١٠/ ٥٢٩ رقم (١٤٦٤٠).

(٧) ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٠٤.

٣- إن كل نكاح صح بكلمة الله عز وجل وسنة رسوله ﷺ فقد حرم الله به بشرتها وفرجها على كل من سواه، فمن فرّق بينهما بغير قرآن أو سنة ثابتة فقد دخل في صفة الذين ذمهم الله تعالى بقوله: ﴿... فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ ...(١٠٢)﴾ [البقرة] وهذا العمل لا يجوز فعله(١).

وأرى أن الخيار يثبت للمرأة في التفريق بينها وبين زوجها للعنة لما يلي:

١- قوة الأدلة عليه وصحة الاستدلال بها.

٢- صحة ثبوت الإجماع في التفريق للعنة بين المرأة وزوجها العنين.

٣- صحة الأثر المنقول عن عمر بأنه فرق بين المرأة وزوجها للعنة بعد أن أجله سنة(٢).

٤- وجاهة القياس بأنه إذا ثبت الخيار في البيع فلأن يثبت في النكاح أولى، لأن العيب في البيع يمكن تداركه بالتعويض، أما النكاح فلا(٣).

٥- استدلال الظاهرية بالأثر المروي عن علي لا يصح، لأن راويه هانئ بن هاني لا يعرف كما قال الإمام الشافعي، وهو لذلك مما لا يثبت عند أهل العلم لجهالتهم بهانئ(٤)، ولو صح فهي واقعة حال لا تقوى على رد الأدلة الصحيحة والصريحة.

٦- ذهاب الظاهرية إلى تضعيف الأثر المروي عن عمر بن الخطاب في تأجيل العنين مردود، فقد صححه أهل العلم(٥).

٧- استدلال الظاهرية بقوله تعالى: ﴿لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا... (٢٨٦)﴾ [البقرة] وبأن عجز العنين عن الوطء هو لعدم القدرة الجنسية؛ وليس للامتناع الذي فيه ضرر مردود من وجهين:

---

(١) ابن حزم: المحلى ٩/٢٠٨.

(٢) انظر الزيلعي: نصب الراية تخريج أحاديث الهداية ٣/ ٢٥٤. العسقلاني: تلخيص الحبير ٣/ ١٧٩.

(٣) حاشية العدوي على حاشية الخرشي ٤/ ٢٦٥.

(٤) البيهقي: السنن الكبرى ١٠/ ٥٣٠.

(٥) انظر البيهقي: السنن الكبرى ١٠/٥٢٨، الزيلعي: نصب الراية ٣/ ٢٥٤، العسقلاني: تلخيص الحبير: ٣/١٧٩.

الأول: الآية حجة عليه وليست حجة له، فلا يكلف الله الزوجة بالصبر على العيش كل عمرها غير محصنة بالزوج، ولأن التحصين لا يكون إلاً بالوطء، فليس بوسعها المقام مع زوج على هذه الصفة لأنه تكليفها ما لا يطاق وهو ممنوع بنفس الآية الكريمة.

الثاني: أن هذا الضرر الواقع من العنين ضرر متحقق الوقوع، وقد نهى الله ورسوله عن الضرر، وفي إلزام زوجة العنين بالعقد عند تقرر عجز الزوج عن الوصول إليها تفويت المستحق بالعقد عليها وهو الاستمتاع، وهذا إضرار بها وظلم في حقها، لقوله تعالى: ﴿... وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا ﴿٤٩﴾﴾ [الكهف]، وعليه فالتفريق للضرر المترتب على العنة ليس تكليفاً له فوق طاقته[١]، بل العكس هو الصحيح.

٨- استدلال الظاهرية بأن كل نكاح صحيح بكلمة الله عز وجل وسنة رسوله ﷺ لا يجوز تفريقه إلا بكتاب أو سنة، فقد أجيب عنه بأن التفريق ثابت بقوله تعالى: ﴿... وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا ﴿٤٩﴾﴾ [الكهف]، فإنها نكرة في سياق النفي، فتعم كل ظلم، والحكم ببقاء الزوجة مع زوجها العنين ظلم، وهو ممنوع في كتاب الله وسنة رسوله، وثابت كذلك قوله تعالى: ﴿...هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ... ﴿١٨٧﴾﴾ [البقرة] فيه كناية عن الستر والتحصن الذي لا يتحقق بغير الوطء، وثابت بما صح عن رسول الله ﷺ كما جاء في حديث عبد يزيد، وبما روي عن الصحابة الأجلاء رضوان الله عليهم[٢].

المسألة الثانية: التفريق للعيوب عند المرأة

التفريق للرتق والقرن

الرتق والقرن من العيوب المختصة بالمرأة، وقد اختلف الفقهاء في التفريق بهما بين الزوجين على مذهبين:

المذهب الأول: يثبت الخيار للزوج إذا وجد زوجته قرناء أو رتقاء. وهو قول الجمهور[٣].

---

(١) الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٨٧.
(٢) المصدر ذاته.
(٣) انظر حاشية الخرشي ٤/ ٢٦٤، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٢٦٤، البهوتي: كشاف القناع ٥/ ١٢١.

واستدلوا لقولهم بما يلي:

١- بفعله ﷺ، فقد تزوج امرأة من بني غفار، فلما دخل عليها ووضع ثوبه وقعد على الفراش، أبصر بكشحها بياضاً، فانحاز عن الفراش ثم قال: «خذي عليك ثيابك»، ولم يأخذ مما أتاها شيئاً[١].

وجه الدلالة: الحديث يثبت الخيار إذا وُجِدَ بها برصٌ، فصار البرص منصوصاً عليه، يلحق به الرتق والقرن بجامع أنهما يرتِّبان الضرر وينفر الطبع منهما، والشرع دل على اعتبار المباعَدة والمنافرة الناتجة عن العلل، وأن الفسخ يثبت بها[٢].

٢- بقول عمر - رضي الله عنه -: (إذا تزوج الرجل المرأة وبها جنون أو جذام أو برص أو قرن، فإن كان دخل بها فلها الصداق بمسه إياها، وحولَّهُ على الولي)[٣].

وجه الدلالة: أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أثبت الخيار للزوج إذا وجد في زوجته عيب القرن، والرتق هو صنوُ للقرن[٤].

٣- بقياس الرتق والقرن على الجب والعنة في الرجل، فكما يثبت للمرأة التفريق لعيوب الرجل فيثبت كذلك هذا الحق للرجل إذا وجد بالمرأة عيب الرتق والقرن، ولأن الغاية من النكاح هو الوطء والاستمتاع، والرتق والقرن مانعان منه فيتعذر مقصوده[٥]. ثم إن الغاية القصوى من النكاح النسل والذرية؛ بدليل قوله تعالى ﴿... وَٱبْتَغُوا مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْ... ﴿١٨٧﴾﴾ [البقرة]، قال المفسرون: أي الولد.

٤- يفسخ البيع بسبب العيب، والمقصود من البيع المالية، وكل عيب ينقص المالية يثبت حق الفسخ، أما المقصود من النكاح فهو الاستمتاع والوصلة، فيثبت به الفسخ من باب أولى[٦].

---

(١) الإمام أحمد: المسند ١٢/ ٤٢٣ رقم (١٥٩٧٤).

(٢) البغوي: التهذيب ٥/ ٤٥١.

(٣) البيهقي: السنن الكبرى ١٠/ ٥٠٥ رقم (١٤٥٦٠).

(٤) البغوي: التهذيب ٥/ ٤٥١ ـ ٤٥٣. (٥) الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٢٦٩.

(٦) انظر البغوي: التهذيب ٥/ ٤٥٣، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٢٦٩، ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٤٥.

المذهب الثاني: لا يثبت الخيار للزوج إذا وجد زوجته رتقاء أو قرناء لأن له حق الطلاق، وهو قول الحنفية والظاهرية(١).

واستدلوا على صحة مذهبهم بما يلي:

١- قال حماد بن إبراهيم: (لا ترد الحرة من عيب كما ترد الأمة، هو رجل ابتلي)(٢).

وجه الدلالة: أي أن المرأة التي وجد بها عيب من العيوب لا ترد، وعلى الزوج أن يبقي على الزوجة، وهذا ابتلاء يتوجب الصبر عليه(٣).

٢- واستدلوا عقلاً بأن النكاح لا يفسخ بسائر العيوب، فلا يفسخ بهذين العيبين أيضاً، لأن المعنى يجمعهما، وهو أن العيب لا يفوِّتُ حكم هذا العقد من جانب المرأة، وهو الازدواج الحكمي وملك الاستمتاع، وإنما يختل ويفوت به بعض ثمرات العقد، وفوات جميع ثمرات هذا العقد لا يوجب حق الفسخ بأن مات أحد الزوجين عقيب العقد، حتى يجب عليه كمال المهر ففوات بعضها أولى(٤).

٣- الرتق والقرن لا يمنعان الاستمتاع، فالعلاج ممكن بقطع اللحم، أو بكسر العظم(٥).

٤- إن الزوج وإن تضرر بهذه العيوب، إلا أن له أن يدفع عنه هذا الضرر بإيقاع الطلاق لأنه بيده، أما المرأة فلا يمكنها ذلك لأنها لا تملك الطلاق، فتعيَّن الفسخ طريقاً لدفع الضرر(٦).

مناقشة الأدلة

نوقشت أدلة من يثبت خيار الفسخ للرجل بما يلي:

(١) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٢٧٣ ـ ٢٧٤. ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٧٩.
(٢) عبد الرزاق: المصنف ٦/ ١٩٤ رقم (١٠٧٢٩).
(٣) ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٧٩.
(٤) الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٩٨.
(٥) انظر المصدر ذاته ٣/ ٥٩٨ - ٥٩٩، ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٢٧٤.
(٦) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٩٩، ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ٢٧.

١- الاستـدلال بحديث تـزوج الرسول ﷺ امـرأة من غـفـار يناقش من وجهين:

الوجه الأول: هذا الحديث ضعـيف كما ذكر أهل العلـم، فقد رواه زيد بن كعب وهو مجهول، ولا يعلم لكعب بن زيد ولد اسمه زيد[١].

الوجه الثاني: جاء في رواية ثانية للحديث: وقال لها الرسول ﷺ: «**الحَقِي بأهلك**»، وهذا اللفظ من كنايات الطلاق، وعليه فلا حجة فيه لأن الكلام هنا عن الفسخ[٢].

ويرد عليـه بأنه يحتـمل الفسخ أيضـاً بقدر مـا يحتـمل الطلاق؛ فتـساوى الاحتمالان.

٢- الاستدلال بقـول عمر بن الخطاب فقد أجـيب عنه بأن الرواية عن عمر منقطعـة فلا يحـتج بهـا، ولو صحت فـلا حـجة في قـول أحد دون رسـول الله ﷺ[٣].

ويرد على ذلك بأن ابن حزم لا يؤخـذ بتضعيفـه دائماً؛ فقد ضـعف حديثاً صحيحاً في البخاري وهو حديث تحريم «الحرى والحرير والمعازف».

٣- قياس الرتق على الجب والعنة يجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول: العيوب التي توجـد في الرجل لا تقاس على المرأة، لأن المرأة ليس لها طريق في الخلاص من تلك العيوب إلاَّ إذا أثبتنا لها الخيار، فهي لا تملك الطلاق لأنه ليس بيدها، أما الرجل فيملك الطلاق ويستطيع أن يوقعه لأنه بيده.

الوجه الثاني: عيب الرتق والقرن لا يمنعان الوطء أو الاستمتاع، إذ إنه يمكن العلاج بقطع اللحم في الرتق، والكسر في القرن[٤].

٤- الاستـدلال عـقلاً بأن البـيع يفسخ بـالعيب لأن المقـصود منه الماليـة، والمقصـود من النكاح الوطء والاستمـتاع ففـسخه أولى، فـيجاب عنهـه بأن البيع

---

(١) ابن حزم: المحلى ٩/٢٨٨. (٢) الكاساني: بدائع الصنائع ٣/٥٩٩.

(٣) ابن حزم: المحلى ٩/٢٨٧.

(٤) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/٥٩٨-٥٩٩، ابن الهمام: فتح القدير ٤/٢٧٤.

يخالف النكاح، فالبيع نقل ملك والنكاح ليس كذلك، والنكاح يجوز بغير صداق في العقـد أما البيع فلا يجـوز بغير ذكر الثـمن، وترك الرؤية أو الوصف في البيع يبطل العقد، أما النكاح فيجوز بترك رؤية الزوجة أو وصفها(١).

ونوقشت أدلة من لم يثبت للرجل خيار الفسخ بما يلي:

١- الأثر الذي يتضمن عدم رد المرأة الحرة للعيب يجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول: أنه معارِض لما روي عن الصحابة كعمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب وابن عبـاس - رضي الله عنهم -؛ فقد روي عنهم أنهم أجـازوا الخيار للرجل إذا وجد في المرأة عيباً(٢).

الوجه الثاني: أن عيوب الأمة تتصل بأخلاقهـا وهي غير عيوب الزوجة التي تزوجهـا لبناء الأسرة وإنجـاب الأولاد، وابن حزم قاس عـيوب الحرة على عـيوب الأمة وهو لا يقول بالقياس.

٢- استدلالهم بالمعقول يجاب عنه من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: القيـاس على الموت بأنه يوجب كمـال المهر ولا يجيـز فسخ العقد؛ وأن عدم جواز فسخه بالعيب أولى، يجاب عنه بأنه قياس مع الفارق، لأن الفرقة بالموت كـالفرقة بالطلاق، فتـعتد المرأة لوفاة الزوج ويجب لهـا كامل المهر، وهذا ليس فسخاً(٣).

الوجه الثاني: القـول بأن للزوج سلطة الطلاق وليس للمـرأة ذلك، أي أن الزوج يستطيع دفع الضرر عن نفســه بالطلاق، والمرأة لا تملك الطلاق، فقد أجيب عنه بأن إثبات الخيار للرجل لدفع الضرر عنه، لأن الرسول ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»، وقد أثبتنا للمـرأة الخيار في الجب والعنة؛ فكذلك نثبـته للرجل في الرتق والقرن(٤).

---

(١) ابن حزم: المحلى ٩/٢٨٧.

(٢) انظر البـغـوي: التـهـذيب ٥/٤٥٥، ابن الـقـيم ٤/ ٤٤ ـ ٤٦، ابن قـدامـة: المغني ٦/٤٥٨. البيهقي: السنن الكبرى ١٠/٥٠٤ ـ ٥٠٧.

(٣) انظر المصادر ذاتها.

(٤) انظر البغوي: التهذيب ٥/٤٥١ ـ ٤٥٤.

الوجه الثالث: القول بأن القرن والرتق يمكن معالجتهما فقد أجيب عليه بأن الزوج لا يملك إجبار الزوجة على شق الموضع أو كسر العظم[1]. أما إذا أزيل العيب فلا خلاف حينئذ، لأنه أصبح خارج محل النزاع.

والذي أراه ثبوت خيار الفسخ للرجل إذا وجد في زوجته عيباً يمنع الوطء لما يلي:

١- حيث أجيز للمرأة طلب التفريق بفسخ العقد إذا وجدت في زوجها عيبي العنة والجب، فيجوز للرجل طلب التفريق بالفسخ إذا وجد في زوجته عيبي الرتق والقرن، لأن إثبات حق الفسخ للمرأة دون الرجل تحكم بغير دليل قوي أو مستند وجيه.

٢- امتلاك الرجل سلطة إيقاع الطلاق لا يعني حرمانه حق طلب التفريق والفسخ لعيبي الرتق والقرن، فإذا منعناه ذلك وقصرنا حقه في إيقاع الطلاق فقد أوقعنا به ضرراً كبيراً بتكليفه أعباء مالية كدفع كامل المهر بسبب الطلاق، وهو ضرر محقق وتغريم على أمر لا ذنب له فيه.

٣- إثبات خيار الفسخ لكل من الرجل والمرأة هو من باب تحقيق العدالة في الإسلام، وعملاً بالآثار الواردة عن صحابة رسول الله ﷺ - رضي الله عنهم -، فقد روي عنهم أن المرأة ترد لعيب الجنون والجذام والبرص والداء في الفرج.

التفريق للعفل

اختلف الفقهاء في التفريق لعيب العفل على مذهبين لاختلافهم في معنى العفل، هل هو اللحم النابت في الفرج؟ أم هو رغوة فيه تمنع كمال الاستمتاع؟

المذهب الأول: يثبت الخيار للزوج في الفسخ بسبب عيب العفل إذا وجده في زوجته، وهو قول المالكية والحنبلية[2].

واستدلوا لصحة ما ذهبوا إليه بالأدلة التالية:

(١) انظر البغوي: التهذيب ٥/٤٥١، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/٢٦٨.

(٢) انظر حاشية الخرشي على مختصر خليل ٤/٢٦٤، البهوتي: كشاف القناع ٥/١٢١.

١- قول ابن عباس - رضي الله عنهما -: (أربع لا يَجُزْنَ في بيع ولا نكاح: المجنونة والمجذومة والبرصاء والعفلاء)[١]، وقول جابر بن زيد: (أربع لا تجوز في بيع ولا نكاح: المجنونة والمجذومة والبرصاء والعفلاء)[٢].

وجه الدلالة: نص الأثران صراحة على ثبوت الخيار للرجل إذا كانت زوجته عفلاء[٣].

٢- قياس عيب العفل على البرص، فكما أن البرص عيب يثبت به الخيار للرجل فكذلك العفل، بجامع أن كلاً منهما يثير نفرةً في النفس قرب أحدهما من الآخر، هذا على اعتبار العفل رغوة في الفرج، أما على اعتباره عظماً فيقاس على الرتق والقرن[٤].

٣- إن هذا العيب تنفر منه الطباع السليمة، وتعاف النفس وطء من بها هذا العيب، لأنه يمنع لذة الوطء[٥].

المذهب الثاني: لا يثبت الخيار بهذا العيب للرجل، وهو قول الحنفية والشافعية والظاهرية، فالحنفية لا يجيزون للرجل فسخ العقد لأنه يملك الطلاق، والظاهرية لا يجيزون التفريق للعيوب لأيٍّ من الزوجين، والشافعية حصروا عيوب المرأة في الرتق والقرن فقط، ولم يعتبروا العفل لأنه لا يفُوتُ به النكاح بخلاف العيوب الأخرى[٦].

وأرى ثبوت خيار الفسخ للرجل إذا كانت زوجته عفلاء، لما يلي:

١- ثبت ذلك عن الصحابة - رضي الله عنهم -.

٢- أن النفس تأبى جماع من في فرجها داء، سواء كان العفل عظماً ينبت في الفرج، أو رغوة تحدث عند الجماع.

---

(١) البيهقي: السنن الكبرى ١٠/٥٠٦ رقم (١٤٥٦٥).

(٢) البيهقي: السنن الصغرى ١/٦١ رقم (٢٦٢٦).

(٣) انظر حاشية الخرسي على مختصر خليل ٤/٢٦٤، التسولي: البهجة شرح التحفة ١/٥٠٦، ابن مفلح: المبدع ٦/١٦٩- ١٧٠.

(٤) ابن مفلح: المبدع: ٦/١٦٩ - ١٧٠.

(٥) حاشية الخرشي على مختصر خليل ٤/٢٦٤.

(٦) ابن الهمام: فتح القدير ٤/٢٧٢ - ٢٧٣.

٣- اعتبار العرف، إذ إنه سلطان يجب تحكيمه في عيوب النكاح، فمن خلال ممارستي لمهنة القضاء وجدت أن أي داء في الفرج عند المرأة يؤدي إلى حدوث خلافات ونزاعات بين الزوجين يصعب حلها.

٤- إن من غايات النكاح حل الوطء والاستمتاع، وهذا العيب يمنع الوطء ويقطع الاستمتاع.

٥- إنجاب الذرية من أعظم غايات الزواج، وربما كان العفل مانعاً من تحقيق هذه الغاية، فإذا كان العفل عظماً فواضح أنه يمنع ذلك، أما إذا كان رغوة فربما تقتل الحيوان المنوي فلا يحصل العلوق.

التفريق للفتق والإفضاء والبخر

باعتبار الفتق والإفضاء بمعنى واحد، وباعتبار البخر نتناً في الفرج يثور عند الجماع؛ فقد اختلف العلماء في ثبوت خيار التفريق للرجل في هذين العيبين على مذهبين:

المذهب الأول: يثبت الخيار للرجل إذا وجدهما في زوجته، وهو قول المالكية[١] والحنبلية في أحد القولين[٢].

واستدلوا لذلك بما يلي:

١- قاسوا عَيْبَيْ الفتق والبخر على الجنون والجذام والبرص، فكما يثبت التفريق بهما مع إمكان الجماع، فكذلك عيوب الفرج وإن كان يمكن معها الجماع[٣].

٢- هذان العيبان ينقصان الاستمتاع، إذ لا يتأتى معهما الجماع لتعذره أو لعدم طيب النفس منه، ثم إن النفوس تعافها وتنفر منها[٤].

---

(١) انظر حاشية الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٢٦٤، حاشية الدسوقي ٣/ ١٠٥.

(٢) انظر ابن مفلح: المبدع ٦/ ١٧٠، البهوتي: كشاف القناع ٥/ ١٢١.

(٣) ابن مفلح: المبدع ٦/ ١٧٠ - ١٧١.

(٤) انظر حاشية الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٢٦٧، حاشية العدوي على حاشية الخرشي ٤/ ٢٦٨.

المذهب الثاني: لا يثبت الخيار للرجل إذا وجد هذين العيبين في زوجته، وهو قول الحنفية[1] والشافعية[2] والحنبلية[3] في القول الثاني، وهو أيضاً قول الظاهرية[4].

واستدلوا لما ذهبوا إليه بأن هذين العيبين لا يفوِّتان مقصود النكاح[5].

أما الحنفية فإنهم لم يثبتوا حق الخيار للرجل في عيوب المرأة[6]. والظاهرية لا يجيزون الفسخ للعيوب لأيٍّ من الزوجين[7].

والذي أراه ثبوت خيار الفسخ للرجل، وذلك لما يلي:

١- المقصود من النكاح حل الاستمتاع، وفي حال وجود هذين العيبين فإن الاستمتاع لا يتحقق.

٢- إن النفس تعاف مثل هذين العيبين.

٣- من خلال ممارستي لمهنة القضاء فإنني رأيت أن العيوب التي تصيب الفرج من الأمور التي تهدد الحياة الزوجية، وفي كثير من الأحيان والحالات تفسدها، وعلى وجه الخصوص بخر الفرج ونتنه الذي يفسد الحياة الزوجية دونما أدنى شك، لأن هذا الداء يجعل الحياة الزوجية مستحيلة لا تطاق.

المسألة الثالثة: التفريق للعيوب المشتركة

التفريق للبرص والجنون

اختلف الفقهاء في التفريق لعيب البرص والجنون على مذهبين:

---

(١) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٩٨، ابن الهمام: فتح القدير: ٤/ ٢٧٢ ـ ٢٧٣.
(٢) انظر النووي: روضة الطالبين ٦/ ١٦٩، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٢٦٩.
(٣) انظر ابن مفلح: المبدع ٦/ ١٧٠، البهوتي: كشاف القناع ٥/ ١٢١.
(٤) انظر ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٧٩.
(٥) مغني المحتاج ٣/ ٢٦٩.
(٦) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٩٨.
(٧) انظر ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٧٩.

المذهب الأول: يثبت الخيار لكل من الزوجين إذا وجد في الآخر عيب البرص والجنون، وهو قول المالكية[1] والشافعية[2] والحنبلية[3].

وقال محمد بن الحسن: إذا كان هذا العيب في الزوج يثبت الخيار لزوجته فقط، ولا يثبت للزوج على زوجته[4].

واستدلوا على صحة ما ذهبوا إليه بالأدلة التالية:

١- فعله ﷺ؛ فقد تزوج امرأة من بني غفار، فلما أدخلت عليه رأى بكشحها بياضاً، فناء عنها وقال: «أرخي عليك ثيابك»، فخلى سبيلها ولم يأخذ منها شيئاً[5].

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ رد المرأة الغفارية لعيب البرص لَمَّا أبصرهبكشحها، ويقاس عليه الجنون لأنه في معناه في الاستمتاع بل هو أشد[6].

٢- الآثار، ومنها:

* قول عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -: (أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها، وذلك لزوجها غُرْمٌ على وليها)[7].

* قول علي - رضي الله عنه -: (أيما رجل نكح امرأة وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن فزوجها بالخيار ما لم يمسها، إن شاء أمسك وإن شاء طلق، فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها)[8].

* قول عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما -: (أربع لا يجزن في بيع ولا نكاح: المجنونة والمجذومة والبرصاء والعفلاء)[9].

---

(١) انظر حاشية الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٢٦٢، حاشية الدسوقي ٣/ ١٠٣.

(٢) انظر النووي: روضة الطالبين ٦/ ١٦٧ ـ ١٦٨، البغوي: التهذيب ٥/ ٤٥١.

(٣) انظر ابن قدامة: المغني ٦/ ٤٥٩، البهوتي: كشاف القناع ٥/ ١٢٠.

(٤) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٩٧.

(٥) البيهقي: السنن الكبرى ١٠/ ٥٠٤ رقم (١٤٥٥٧).

(٦) ابن مفلح: المبدع ٦/ ١٧٠

(٧) البيهقي: السنن الكبرى ١٠/ ٥٠٥ رقم (١٤٥٥٨).

(٨) البيهقي: السنن الكبرى ١٠/ ٥٠٧ رقم (٩٤٥٦٦).

(٩) البيهقي: السنن الكبرى ١٠/ ٥٠٦ رقم (١٤٥٦٥).

وجه الدلالة: تنص هذه الآثار صراحة على أن الجنون والبرص من العيوب التي يفسخ بسببها الزواج[1].

٣- يمنع هذان العيبان مقصود النكاح، لأنهما يثيران نفرة في النفس تمنع قربانه بالكلية ومسه، ويخاف منه التعدي إلى نفسه ونسله، والمجنون يخاف منه الجناية فصار كالمانع الحسي[2].

المذهب الثاني: لا يثبت الخيار لأحد الزوجين على الآخر لعيب الجنون والبرص، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف[3] والظاهرية[4].

واستدلوا لصحة ما ذهبوا إليه بما يلي:

١- قول علي - رضي الله عنه -: (أيما رجل نكح امرأة وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن فزوجها بالخيار ما لم يمسها، إن شاء أمسك وإن شاء طلق، فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها)[5].

وجه الدلالة: ينص الأثر صراحة على ثبوت الخيار للزوج، بأن يمسها أو يطلقها إذا وجد فيها عيباً من العيوب التي ذكرها الأثر[6].

٢- قال إبراهيم النخعي: (لا ترد الحرة من عيب كما ترد الأمة وهو رجل ابتلي)[7].

وجه الدلالة: ينص الأثر بصراحة على عدم ثبوت الخيار في الحرة إذا وُجِدَ فيها عيب[8].

٣- لا تؤثر ثمرة الزواج في عقد النكاح، بدليل ما إذا فاتت الثمرة بموت أحد الزوجين؛ فالموت لا يوجب انفساخ عقد النكاح ولا يسقط شيئاً من المهر، ثم إن هذين العيبين وإن وجدا فلا يمنعان التمكين[9].

(١) ابن قدامة: المغني ٦/٤٥٩. (٢) الشافعي: الأم ٥/١٢٤.
(٣) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/٥٩٥. (٤) انظر ابن حزم: المحلى ٩/٢٧٩.
(٥) البيهقي: السنن الكبرى ١٠/٥٠٧ رقم (١٤٥٦٦).
(٦) انظر ابن حزم: المحلى ٩/٢٨٤ ـ ٢٨٥، السرخسي: المبسوط ٥/٩٦.
(٧) عبد الرزاق: المصنف ٦/١٩٤ رقم (١٠٧١٩).
(٨) انظر ابن حزم: المحلى ٩/٢٧٩، السرخسي: المبسوط ٥/٩٦.
(٩) الكاساني: بدائع الصنائع ٣/٥٩٨.

نوقشت أدلة من لا يثبتون الخيار للزوج بما يلي:

١- الأثر الذي روي عن علي - رضي الله عنه - أجيب عنه بأنه ليس حجة لهم بل عليهم، لأنه يثبت الخيار للرجل إذا وجد في المرأة عيباً إما الزواج وإما الطلاق، ثم إن الأثر يفرق بين معرفة العيب قبل الدخول وبعده[(١)]، وهذا ما لا يراه أصحاب هذا المذهب.

٢- قول النخعي: لا ترد الحرة من عيب، فقد أجيب عنه بأنه معارضٌ لما روي عن عمر بن الخطاب وابن عباس اللذين أثبتا الخيار في هذه العيوب[(٢)].

أما أدلة من يثبتون الخيار للزوج فقد نوقشت بما يلي:

١- الاستدلال بحديث تزوج الرسول ﷺ امرأة من غفار يجاب عنه من وجهين:

الأول: هذا الحديث في سنده جميل بن زيد وهو مضطرب الحديث[(٣)].

الثاني: قول الرسول ﷺ للمرأة: «خذي عليك ثيابك» أو «الحَقِي بأهلك» هو من الألفاظ الكنائية في الطلاق[(٤)].

٢- الأثر الذي روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - نوقش بأن راويه سعيد بن المسيب، وقد صح أن سعيداً بن المسيب لم يسمع من عمر بن الخطاب[(٥)].

٣- الأثر الذي روي عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أجيب عنه بأن فيه انقطاعاً، لذا لا حجة فيه[(٦)].

---

(١) انظر ابن قدامة: المغني ٦/ ٤٥٩، ابن مفلح: المبدع ٦/ ١٦٥.
(٢) ابن مفلح: المبدع ٦/ ١٦٥.
(٣) البيهقي: السنن الكبرى ١٠/ ٥٠٤ ـ ٥٠٥.
(٤) الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٩٩.
(٥) ابن حزم: المحلى ٩/ ١٨٧.
(٦) المصدر ذاته.

٤- الأثر الذي روي عن ابن عباس، أجيب عنه بأنه روي من طريق لا خير فيه، ولو صح لما كان فيه حجة، فلا حجة في قول أحد دون الرسول ﷺ[١]، وربما كان هذا الأثر وغيره اجتهاداً من الصحابة، فقول الصحابي في الاجتهاد والنظر ليس بحجة.

٥- أما استدلالهم بالمعقول فأجيب عنه بأن البرص والجنون لا يمنعان من الاستمتاع لأن مقصود النسل يحصل وإن وجدا[٢].

وأميل إلى ثبوت الخيار في عيبي البرص والجنون لما يلي:

١- إن هذا القول هو ما قاله صحابة رسول الله ﷺ، ومنهم عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس - رضي الله عنهم -، ومن المعلوم على وجه التأكيد أن هؤلاء الصحابة ما كانوا ليقولوا ذلك من باب التشهي، بل قالوا ذلك من باب التوقيف.

٢- إن غاية النكاح ومقصوده هو حل الاستمتاع بين الرجل والمرأة على وجه مشروع، وتحقيق السكينة والمودة بين الزوجين، وهذا ما لا يمكن تحققه مع المصاب بعيب البرص، لأن البرص يسبب نفرةً تمنع الاستمتاع، أما الجنون فالأمر فيه أوضح، لأن المجنون أو المجنونة لا يمكن العيش أو الاستمتاع معه، لأنه يُخشى جنايته على من يعيش معه.

٣- إن العيوب إذا وجدت في الزوج أو الزوجة تبقى مصدر إرباك وإزعاج للأسرة في المستقبل، فالأسرة التي تظللها مشاعر المودة والرحمة والهدوء والاستقرار تختلف عن الأسرة التي يكون فيها الزوج أو الزوجة مصاباً بعيب البرص أو الجنون.

التفريق للجذام

اختلف الفقهاء في التفريق لعيب الجذام على مذهبين:

---

(١) ابن حزم: المحلى ٩/ ,١٨٧

(٢) السرخسي: المبسوط ٥/٩٦.

المذهب الأول: يَثْبُتُ الخيـار لكلا الزوجين إذا كان بأحدهمـا عيب الجذام، وهو قول المالكية[1] والشافعية[2] والحنبلية[3]، وذهب محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية إلى إثبات الخيار للمرأة فقط دون الرجل[4]. واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي:

١- قوله ﷺ: «... وفرَّ من المجذوم كما تفر من الأسد»[5].

وجه الدلالة: ينص الحـديث صراحة عـلى عدم مخـالطة المجذوم، لأن في مخالطتـه إلحاق الضرر والأذى وانتقال العدوى، وإذا كـان الحديث يتناول المخالطة بين الناس بشكل عام،

فتناوله إياها بين الأزواج أولى[6].

٢- قياس عيب الجذام على البرص، فإذا ثبت التـفريق لعيب البرص فثبوته للجذام أولى، لأنه أشد من البرص[7].

٣- واستدلوا عقلاً بأنه يخشى تعدي هذا العيب إلى النفس والنسل[8].

المذهب الثاني: لا خيار لأحد الزوجين بالتفـريق لوجود العيب عند الآخر، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف من الحنفية[9]، وقول الظاهرية[10].

واستدل أصحاب هذا المذهب لصحة قولهم بما يلي:

---

(١) انظر حاشية الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٢٦٣، حاشية الدسوقي ٣/ ١٠٤.
(٢) انظر النووي: روضة الطالبين ٦/ ١٦٧، البغوي: التهذيب ٥/ ٤٥١.
(٣) انظر ابن قدامة: المغني ٦/ ١٦٧، البغوي: التهذيب ٥/ ٤٥١.
(٤) انظر الكاساني: البدائع ٣/ ٥٩٧.
(٥) صحيح البخاري ٤/ ١٨ رقم (٥٧٠٧).
(٦) الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٢٦٨.
(٧) ابن مفلح: المبدع ٦/ , ١٧٠
(٨) الشافعي: الأم ٥/ ١٢٤.
(٩) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/ ٥٩٧ ـ ٥٩٨.
(١٠) انظر ابن حزم: المحلى ٩/ ٢٧٩.

١- قــول علي - رضي الله عنه -: (أيمـا رجل نكح امـرأة وبهـا برص أو جنون أوجذام أو قرن فزوجها بالخيــار ما لم يمسها، إن شاء أمسك وإن شاء طلق، فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها)[١].

وجه الدلالة: نص هذا الأثر بصـراحة على أن للزوج الخيار إذا وجـد في زوجته جذاماً أو برصاً أو جنوناً أو قرناً، فإما أن يمسك وإما أن يطلق[٢].

٢- قول إبراهيم النخعي: (لا ترد الحرة من عيب كما ترد الأمة، وهو رجل ابتلي)[٣].

وجه الدلالة: نص الأثر صراحة على عدم ثبــوت الخيار في الحرة، وأنها لا ترد لوجود العيب فيها[٤].

٣- وبالمعقــول، حيث إن الجذام لا يمنع الاسـتمتاع، فـإذا وجد في الرجل فالوطء ممـكن التحقـق مع وجوده، أما إذا وجـد في المرأة فلا يفـسخ النكاح لأي عيب من العيوب عند الحنفية[٥].

وعند الظاهرية لا يفسخ النكاح للعيب سواء في الرجل والمرأة[٦].

مناقشة الأدلة

نوقشت أدلة المثبتين لخيار التفريق والمانعين منه بما نوقشت به في فرع التفريق للبرص والجنون.

وأرى إثبات خيار التفريق للزوجين بسبب عيب الجذام لما يلي:

١- قوة الأدلة والاستدلال بها.

٢- مرض الجذام خطير ومعـدٍ، وفي إلزام أحد الزوجين العيش مع المصاب به إيقاع لضرر متحقق الوقوع به.

---

(١) البيهقي: السنن الكبرى ١٠/٧ ٥٠ رقم (٨٤٥٦٦).
(٢) السرخسي: المبسوط ٥/٩٦.
(٣) عبد الرزاق: المصنف ٦/ ١٩٤ رقم (١٠٥٢٩).
(٤) السرخسي: المبسوط ٥/٩٦.
(٥) انظر الكاساني: بدائع الصنائع ٣/٥٩٨، السرخسي: المبسوط ٥٩٦.
(٦) ابن حزم: المحلى ٩/٢٧٩.

المطلب الثاني

التطبيق لضرر العيب في قوانين الأحوال الشخصية

أولاً: القانون المصري

المادة (٩): للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر، كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق.

المادة (١٠): الفرقة بالعيب طلاق بائن.

المادة (١١): يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها.

التعليق والإيضاح

من تلاوة النص القانوني نجد:

١- أخذت جميع قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية غالبية نصوص قوانينها من قانون الأحوال الشخصية المصري لأنه من أقدم القوانين التي تم وضعها.

٢- العيوب المنفرة التي ذكرها النص هي على سبيل التمثيل والتشبيه وليس على سبيل الحصر والتقييد، فكل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود الزواج من المودة والرحمة يعطيه خيار طلب التفريق.

٣- تقدير وجود العيب المستحكم بالزوج الذي لا يرجى زواله أو لا يمكن البرء منه إلا بعد زمن طويل ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية بما تتضرر منه الزوجة متروك للقاضي، وهو أمر موضوعي يدخل في سلطة القاضي التقديرية وله أن يستعين بأهل الخبرة.

٤- لم يعتبر القانون المصري عدم القدرة على الإنجاب عيباً يستوجب الفسخ، لأن العيب الذي يستوجب فسخ عقد النكاح هو الذي لا تعيش معه الزوجة إلا بضرر، والعقم لا يؤثر على قربان الزوج لزوجته، فلا يندرج ضمن العيوب المنفرة، ولو كان مقصود الزواج هو التناسل لما صح زواج الآيسة من المحيض، والمرأة التي لا تنجب، كما أن الذرية هبة من الله سبحانه وتعالى ومظهر من مظاهر المنح والعطاء، والمنع والحرمان الإلهي، إلا أنني ورغم ذلك أخالف هذا الرأي وأرى أن هذا عيبا ينطبق عليه ما ينطبق على بقية العيوب غير المنفرة، وهذا ما قاله عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -.

٥- اعتبر النص القانوني الطلاق للضرر بائنا(١).

ثانياً: القانون السوري

المادة (١٠٥): للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين:

١- إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها.

٢- إذا جن الزوج بعد العقد.

المادة (١٠٦): ١- يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة إذا علمت بها قبل العقد أو رضيت بها بعده.

٢- على أن حق التفريق بسبب العنة لا يسقط بحال.

المادة (١٠٧): إذا كانت العلل المذكورة في المادة (١٠٥) غير قابلة للزوال يفرق القاضي بين الزوجين في الحال، وإن كان زوالها ممكناً يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة، فإذا لم تزل العلة فرّق بينهما.

المادة (١٠٨): التفريق للعلة طلاق بائن.

---

(١) إبراهيم: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ص٤٠١ - ٤١٤ السمني: الوجيز في الأحوال الشخصية ص ٤٣٨ - ٤٤٦، عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ص ٣١٤ - ٣١٦، مراد: شرح تشريعات الأحوال الشخصية ٧٦٦.

من تلاوة النص القانوني نجد:

١- لم يجز القانون للزوجة طلب التفريق إلا للعلل الجنسية، وهذا يعني أنه لا يحق لها طلب التفريق للعلل المنفرة أو العلل الضارة، وهذا ولا شك يعتبر قصورا في النص القانوني، لأن العلل المنفرة والضارة تحول دون تحقيق غايات الزواج من مودة وسكينة.

٢- لم يتعرض النص القانوني لطريقة إثبات هذه الأمراض، وهذا أمر لا بد منه.

٣- لم يذكر النص العلل التي تحدث في المرأة بعد الزواج.

٤- لم يحدد النص القانوني السنة التي يمهلها القاضي، هل هي سنة شمسية أم قمرية[١].

ثالثاً: القانون الأردني

المادة (١١٣): للمرأة السالمة من كل عيب يحول دون الدخول بها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا علمت أن فيه علة تحول دون بنائه بها كالجب والعنة والخصا، ولا يسمع طلب المرأة التي فيها العيوب كالرتق والقرن.

المادة (١١٤): الزوجة التي تعلم قبل عقد الزواج بعيب زوجها المانع من الدخول أو التي ترضى بالزوج بعد الزواج من العيب الموجود يسقط حق اختيارها ما عدا العنة فإن الاطلاع عليها قبل الزواج لا يسقط حق الخيار.

المادة (١١٥): إذا راجعت الزوجة القاضي وطلبت التفريق لوجود العيب ينظر: فإن كانت العلة غير قابلة للزوال يحكم بالتفريق بينهما بالحال، وإن كانت قابلة للزوال كالعنة يمهل الزوجة سنة من تسليمها نفسها له أو من وقت برء الزوج إن كان مريضاً، وإذا مرض أحد الزوجين أثناء الأجل مدة قليلة كانت أو كثيرة

---

(١) السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ١/ ٢٣٥ - ٢٣٦، استانبولي: المرشد قانون الأحوال الشخصية ١/ ٣٨٢ - ٣٩١.

بصورة تمنع من الدخول أو غابت الزوجة فالمدة التي تمر على هذا الوجه لا تحسب من مدة الأجل، لكن غيبة الزوج أيام الحيض تحسب فإذا لم تزل العلة في هذه المدة وكان الزوج غير راضٍ بالطلاق والزوجة مصرة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق، فإذا ادعى في بدء المرافعة أو ختامها الوصول إليها ينظر فإن كانت الزوجة ثيباً فالقول قول الزوج مع اليمين، وإن كانت بكراً فالقول قولها بلا يمين.

المادة (١١٦): إذا ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده أن الزوج مبتلى بعلة أو مرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو طرأت مثل هذه العلل والأمراض فلها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق، والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والفن ينظر فإن كان لا يوجد أمل بالشفاء يحكم بالتفريق بينهما في الحال، وإن كان يوجد أمل بالشفاء أو زوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة، فإذا لم تزل بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق أيضا، أما وجود عيب كالعمى والعرج في الزوج فلا يوجب التفريق.

المادة (١١٧): للزوج حق طلب فسخ عقد الزواج إذا وجد في زوجته عيباً جنسياً مانعاً من الوصول إليها كالرتق والقرن أو مرضاً منفراً بحيث لا يمكن المقام معها عليه بلا ضرر ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمناً.

المادة (١١٨): العلل الطارئة على الزوجة بعد الدخول لا تسمع فيها دعوى طلب الفسخ من الزوج.

المادة (١١٩): يثبت العيب المانع من الدخول في المرأة أو الرجل بتقرير من القابلة أو الطبيب مؤيد بشهادتهما.

المادة (١٢٠): إذا جن الزوج بعد عقد النكاح وطلبت الزوجة من القاضي التفريق يؤجل التفريق لمدة سنة، فإن لم تزل الجنة في هذه المدة وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق.

المادة (١٢١): للزوجة في الأحوال التي تعطها حق الخيار أن تؤخر الدعوى أو تتركها مدة بعد إقامتها.

المادة (١٢٢): إذا جدد الطرفان العقد بعد التفريق وفقاً للمواد السابقة فليس لأي منهما طلب التفريق.

التعليق والإيضاح

١- جاء في الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية: (من المقرر أن عقد الزواج يبنى ويتم على أساس السلامة من العيوب، وأن كل عيب في أحد الزوجين ينفر منه الآخر يمنع حصول مقصود النكاح من الرحمة والمودة والوفاق، فإذا انتفت السلامة فقد ثبت الخيار، وبما أن مذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد أن لكل من الرجل والمرأة طلب التفريق إذا وجد أحدهما بالآخر عيبا جنسيًّا أو عيباً منفراً بحيث لا يمكن المقام معه بلا ضرر كما ذهب إلى ذلك ابن شهاب الزهري وشريح وأبو ثور.

وبما أن من تدبر مقاصد الشرع في مصادره ومواده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يَخْفَ عليه رجحان هذا القول؛ لذلك رُؤِيَ الأخذ به ووضعت المواد من ١١٣ - ١٢٢ من هذا القانون لبيان العلة المجيزة لطلب فسخ النكاح من أحد الزوجين وطريقة إثباتها)[١].

٢- الأمراض المذكورة في المادة (١١٦) جاءت على سبيل المثال؛ وليست على سبيل الحصر[٢].

٣- لا يجوز إسناد الكشف على المرأة إلى الطبيب ولو كان موثوقاً، وإنما الذي يكشف هو امرأة موثوقة أو امرأتان كما ورد في المادة (٣٠١) من كتاب الأحكام الشرعية حيث جاء فيها: إذا أنكر الزوج دعوى المرأة عليه بالعنة وادعى الوصول إليها قبل التأجيل أو بعد يعين الحاكم امرأتين ممن يثق بهن للكشف عليها[٣].

---

(١) داود: القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ٢/١٤٥٩.

(٢) ملحم: الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني ص ١٦٦ - ١٦٧.

(٣) الإبياني: شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ١/ ١٥٠.

٤- العلل التي وجدت بالمرأة بعد الزواج لا تجيز للزوج فسخ عقد الزواج باستثناء ما ورد في المادة (١١٧)، لأن الزوج قادر على دفع الضرر عن نفسه بالطلاق أو الزواج من غيرها[1].

٥- السنة التي يؤجلها القاضي للعنين أو المجنون هي سنة قمرية وليست سنة شمسية كما ورد في المادة (٢٩٩) من الأحكام الشرعية[2].

رابعاً: القانون التونسي

لم يأت نص محدد في قانون الأحوال الشخصية التونسي ينص على التفريق للعلة.

لكن جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية من خلال الشرح والتعليق والتوضيح عليها قرارات صادرة عن المحاكم التونسية معتبرة بعض هذه العلل من الأسباب التي تستوجب طلب التطليق، واستندت تلك المحاكم في قراراتها إلى الفصل (٢٣) والفصل (٣١) من قانون الأحوال الشخصية:

الفصل (٢٣): على كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنب إلحاق الضرر به، ويقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة، ويتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية، وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة، وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال.

الفصل (٣١): يحكم بالطلاق بتراضي الزوجين بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر[3].

---

(١) ملحم: الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية ص ١٦٩.
(٢) الإيباني: شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ١/ ١٥٠.
(٣) المصدر ذاته ص ٨٠.

١- جاء في القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة سوسة عدد (١١٠١) تاريخ ١٩٩٠/٦/٢٧م (إن إبقاء امرأة عذراء أكثر من سنة من تاريخ الدخول بها يمثل ضرراً لاحقاً بها تَسَبَّبَ فيه زوجها المسؤول الوحيد عن إتمام هذا الواجب المحمول عليه ما دام لم يثبت سبباً مشروعاً منعه من ذلك، إن هذا الواجب محمول على الزوج لكونه يدخل في نطاق واجباته العامة والأكيدة والمقصودة مباشرة بما هو مذكور بأحكام الفصل (٢٣) مجلة الأحوال الشخصية، وتفريعاً عن ذلك تكون دعوى الطلاق للضرر التي قامت بها الزوجة بسبب بقائها على الحال الآنف ذكره رغم مرور أكثر من سنة على تاريخ الدخول بها، دعوى مبررة مما يتجه القضاء مجدداً طبقها)[١].

أباح هذا القرار القضائي للزوجة طلب الطلاق لعدم قدرة الزوج على الوصول إليها، واستند القرار في إصداره الطلاق إلى الضرر الواقع على الزوجة بموجب الفصل (٢٣) من مجلة الأحوال الشخصية.

٢- جاء في القرار الاستئنافي مدني (تونس) عدد (٣٠٢٨٤) في /١١/ ١٩٧١ (العجز الجنسي يلحق ضرراً بالزوجة لمخالفته أحكام الفقرة الأولى من الفصل (٢٣) من مجلة الأحوال الشخصية التي تفرض على الزوج اجتناب إلحاق الضرر بالزوجة، ومتى تحقق اعتُبِرَ سبباً من الأسباب التي يمكنه الاستناد إليها لطلب الطلاق عملاً بالفقرة الأولى من الفصل (٣١) من نفس المجلة)[٢].

اعتبر هذا القرار العجز الجنسي ضرراً يتوجب على الرجل اجتناب إلحاقه بالزوجة، فإذا ألحقه بها فلها الحق في طلب الطلاق ويمكنها الاستناد إلى هذا السبب في طلبها الطلاق عملاً بالفصل (٣١) من مجلة الأحوال الشخصية الذي يبيح طلب الطلاق لحصول الضرر.

٣- جاء في القرار التعقيبي مدني عدد (١٠٠٧٩) مؤرخ في ١٩٧٤/٤/٢م (إذا قام الزوج على زوجته بالطلاق بسبب أنها مصابة بمرض يمنع الحياة الزوجية

(١) الشريف: مجلة الأحوال الشخصية ص ٥٨ - ٥٩.

(٢) المصدر ذاته ص ٨٦.

وتبين من الفحوص الطبية أنه غير مانع من الحياة المذكورة، فإن تلك العلة لا تكون سبباً في الطلاق طبق الفقرة الأولى من الفصل (٣١) من مجلة الأحوال الشخصية)[١].

يستخلص من هذا القرار القضائي ما يلي:

أ- العلل التي لا تمنع الحياة الزوجية لا يجوز الاستناد إليها في طلب الطلاق، بينما يجوز الاستناد إلى تلك التي تمنع الحياة الزوجية بين الزوجين في طلب الطلاق.

ب- اعتبار هذه العلل مانعاً يمنع الحياة الزوجية أو عدم اعتبارها يعود إلى الفحوص الطبية التي يتم إصدارها من أهل الخبرة والاختصاص.

جـ- القرار القضائي الصادر تم الاستناد فيه إلى الفقرة الأولى من الفصل (٣١) والتي تنص على حق طلب الطلاق حالة حصول الضرر.

٤- جاء في القرار التعقيبي مدني عدد (٥٧٣٦) مؤرخ في ٢٣/٦/١٩٨١:

أ- (إن المعقب عليه لما طلب في بادئ الأمر الطلاق على أساس مرض الطاعنة التناسلي لم يكن مفترياً لانبناء طلبه على الواقع).

ب- (لا تأسيس للطعن بكون المرض التناسلي حدث بعد البناء على قضية الطلاق المحكوم فيها على أساس الإنشاء لا الضرر)[٢].

فهذا القرار القضائي يستخلص منه ما يلي:

١- جواز طلب الطلاق إذا وجد في الزوجة مرض تناسلي يحول دون الوصول أو الاستمتاع بين الزوجين.

٢- لا يؤثر على طلب الطلاق حصول هذه العلة التناسلية في الزوجة بعد العقد، فيمكن للزوج طلب الطلاق إذا حصلت علة بالزوجة بعد الزواج والدخول[٣].

---

(١) الشريف: مجلة الأحوال الشخصية ص ٨٧-٨٨.

(٢) الشريف: مجلة الأحوال الشخصية ص ٨٧-٨٨.

(٣) المصدر ذاته.

بينما لا يجيز القانونان الفلسطيني والأردني للزوج طلب التطليق إذا حدث عيب في الزوجة بعد العقد.

٥- جاء في القرار التعقيبي مدني عدد (١٥٣٩١) بتاريخ ١٩٨٦/٦/١٧ (إصابة الزوجة بمرض خطير قبل عقد صداق الزواج بها وإخفاء ذلك على الزوج يجعل هذا الأخير متضرراً، وتبعاً لذلك فإن طلاقه منها لأجل المضرة يعتبر طلباً وجيهاً)[١].

٦- جاء في القرار التعقيبي مدني عدد (١٧٩٧٧) بتاريخ ١٩٨٧/٩/٢٩ (المرض حالة من الحالات التي يمكن أن تصيب كل آدمي كبيراً كان أو صغيراً، ولا يمكن بحال أن يكون سبباً يعقد لطلب الطلاق بموجب الضرر، خاصة إذا لم يثبت طالب الطلاق أنه كان يجهل تلك الحقيقة عند إبرامه عقد الزواج)[٢].

بالنظر في القرارين القضائيين نستخلص ما يلي:

أ- يتوجب على الزوجة المصابة بمرض خطير إخبار من يريد زواجها بهذا المرض.

ب- فإذا لم تخبره بذلك فله الحق في الطلاق للضرر الذي لحق به من هذا الزواج.

جـ- على من يريد طلب الطلاق للمرض الخطير إثبات جهله العلة عند الطرف الآخر.

د- إذا علم طالب الطلاق بمرض الطرف الآخر قبل العقد فلا وجه لطلبه الطلاق للضرر.

٧- إن إغفال قانون الأحوال الشخصية التونسي النص على التفريق للعيوب بشكل صريح وواضح يعتبر نقصاً فيه، ويستوجب النص عليه بالتفصيل.

---

(١) المصدر ذاته ص ٩٠.

(٢) المصدر ذاته.

خامساً: القانون الكويتي

المادة (١٣٩): لكل من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج إذا وجد في الآخر عيباً مستحكماً من العيوب المنفرة أو المضرة أو التي تحول دون الاستمتاع سواء أكان العيب موجوداً قبل العقد أم حدث بعده، ويسقط حق كل منهما في الفسخ إذا علم بالعيب قبل العقد أو رضي به صراحة بعده.

المادة (١٤٠): استثناء من المادة السابقة لا يسقط حق الزوجة في طلب الفسخ بسبب عيوب الرجل التي تحول دون الاستمتاع كالعنة أصلية أو طارئة ولو رضيت بها صراحة.

المادة (١٤١): إذا كانت العيوب المذكورة غير قابلة للزوال تفسخ المحكمة الزواج في الحال، وإن كان زوالها ممكناً تؤجل القضية مدة مناسبة، فإذا لم يزل العيب وأصر طالب الفسخ حكمت به المحكمة.

المادة (١٤٢): يستعان بأهل الخبرة من الأطباء المسلمين في معرفة تحديد المدة المناسبة وفي معرفة العيوب التي يطلب الفسخ بسببها.

التعليق والإيضاح

١- أجاز القانون طلب الفسخ لكل من الزوجين إذا وجد في الآخر عيباً، سواء كان هذا العيب منفراً أو مضراً أو التي تحول دون الاستمتاع وجدت قبل العقد أو بعده.

٢- أعطى القانون القاضي صلاحية تأجيل الفسخ مدة مناسبة إذا كان زوال العلة ممكناً، وحددتها المذكرة الإيضاحية بسنة على الأكثر، وللقاضي أن يؤجل لمدة تقل عن السنة. وكان الأولى بالمشرِّع تحديد المدة بالنص القانوني.

٣- نص القانون على الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء المسلمين الثقات، والنص يوحي بعدم قبول إخبار النساء.

٤- اعتبر القانون التفريق للعلل فسخاً محضاً لا طلاقاً، عملاً بالمذهب الشافعي، وهذا من باب التيسير والعدل على الطرفين، والفسخ لا ينقص عدد الطلقات ولا يترتب عليه من الآثار المالية ما يترتب على الطلاق[١].

سادساً: مشروع القانون العربي الموحد

المادة (١٠٤) أ- لكل من الزوجين طلب التطليق لعلة في الآخر يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية ولا يرجى منها برء أو يرجى بعد مضي أكثر من سنة؛ عقلية كانت العلة أو عضوية؛ أصيب بها قبل العقد أو بعده.

ب- إذا كانت العلة يرجى منها برء قبل مضي سنة تعطي المحكمة للمعتل أجل سنة قبل التطليق.

المادة (١٠٥): يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العلة.

التعليق والإيضاح

١- سوّى النص بين العلل - عقلية أو العضوية - التي يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية.

٢- سوى النص كذلك المرض الذي لا يرجى له برء بالذي يحتاج مدة أكثر من سنة للبرء.

٣- اعتبر النص القانوني المرض الحادث بعد الزواج كالموجود قبله، وهذا يوحي أن الزوجة لو علمت بمرض الزوج قبل العقد فلا يؤثر علمها في حقها طلب التطليق للعيب، وهذا يخالف ما نصّت عليه قوانين الأحوال الشخصية الأخرى - المصري والسوري والأردني ومشروع القانون الفلسطيني - والنصوص الفقهية، علماً أن القوانين المذكورة اعتبرت العنة فقط من العلل التي لا يؤثر علم الزوجة بها قبل العقد من عدمه على المطالبة بها، وهو الأصوب لأنه أمر اجتهادي، ولأن المرأة ربما أخطأت في تقدير مدى الضرر الذي ستعانيه في حياتها الزوجية. يضاف إلى ذلك أن النص ينطبق على الزوج أيضاً.

---

(١) الغندور: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي - المذكرة الإيضاحية ص ٧٨٣ - ٧٨٥.

٤- سوى المشروع بين الزوجين في حق المطالبة بالتطليق حالة حدوث العلة بعد العقد، أما القانون الأردني ومشروع القانون الفلسطيني فلم يجيزا للزوج طلب التطليق في هذه الحالة.

٥- اعتبر المشروع التطليق للعلل طلاقاً بائناً كما جاء في المادة (١٢٣) من القانون نفسه.

سابعاً: مشروع القانون الفلسطيني

المادة (١٥٢) للمرأة السليمة من كل عيب يحول دون الدخول بها أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها إذا ثبت بتقرير طبي أن فيه علة تحول دون الدخول بها، ولا يسمع طلب المرأة التي فيها عيب من العيوب الجنسية التي لا يمكن البرء منها كالرتق والقرن.

المادة (١٥٣): الزوجة التي تعلم قبل عقد الزواج بعيب زوجها المانع من الدخول، أو التي ترضى بالزوج بعد الزواج مع العيب الموجود يسقط حق خيارها إلا إذا كان العيب هو العنة فإن الاطلاع عليها قبل الزواج لا يسقط حق الخيار للزوجة، أو ثبت استحالة الحياة الزوجية بينهما.

المادة (١٥٤): إذا طلبت الزوجة من القاضي التفريق لوجود عيب في الزوج يحكم القاضي بالتفريق إذا كان العيب غير قابل للزوال، وإن كان قابلاً للزوال كالعنة يمهل الزوج سنة من يوم تسليمها نفسها له أو من وقت برء الزوج إن كان مريضاً، وإذا مرض أحد الزوجين أثناء الأجل مدة قليلة كانت أو كثيرة بصورة تمنع من الدخول أو غابت الزوجة فالمدة التي تمر على هذا الوجه لا تحسب من مدة الأجل، فإذا لم تزل العلة في هذه المدة وكان الزوج غير راض بالطلاق والزوجة مصرة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق في أي مرحلة عليها الدعوى، فإن كانت الزوجة ثيباً فالقول قوله مع اليمين، وإن كانت بكراً فالقول قولها بلا يمين.

المادة (١٥٥): إذا ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده أن الزوج مبتلى بعله أو مرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو طرأت مثل هذه العلل والأمراض فلها أن تطلب من القاضي التفريق، وللقاضي بعد الاستعانة بذوي الخبرة والاختصاص أن يحكم بالتفريق إذا كان لا يوجد أمل

بالشفاء، وإن كان يوجد أمل بالشفاء أو زوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة، فإذا لم تزل خلال هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق أيضا، أما وجود عيب كالعمى أو العرج في الزوج فلا يوجب التفريق.

المادة (١٥٦): للزوج حق طلب فسخ عقد الزواج إذا وجد في زوجته عيباً جنسياً مانعاً من الوصول إليها ولا يرجى البرء منه كالرتق والقرن أو مرضاً منفراً بحيث لا يمكن المقام معها عليه بلا ضرر ولم يكن الزوج قد علم بالعيب أو المرض قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمناً.

المادة (١٥٧): العلل الطارئة على الزوجة بعد الدخول لا تسمع فيها دعوى طلب الفسخ من الزوج.

المادة (١٥٨): إذا جن الزوج بعد عقد الزواج وطلبت الزوجة من القاضي التفريق، يؤجل القاضي التفريق لمدة سنة، فإذا لم يزل الجنون في هذه المدة وكانت الزوجة مصرة يحكم القاضي بالتفريق.

المادة (١٥٩): تسري على التطليق بسبب المرض النفسي العضال نفس أحكام التطليق للعيوب الجنسية أو الجنون الواردة في هذا القانون.

المادة (١٦٠): يثبت العيب المانع من الدخول في المرأة أو الرجل بتقرير موقع من طبيبين مسلمين ثقتين من أهل الاختصاص معتمداً من الجهات المختصة بوزارة الصحة، ويجوز للمحكمة إذا لزم الأمر طلب شهادة الطبيبين أمامها.

المادة (١٦١): للزوجة في الأحوال التي تعطيها حق الخيار أن تؤخر الدعوى أو تتركها مدة بعد إقامتها.

المادة (١٦٢): إذا جدد الطرفان العقد بعد التفريق وفقاً للمواد السابقة فليس لأي منهما طلب التفريق ثانية لنفس السبب الذي تم من أجله التفريق.

المادة (١٦٣): للزوجة طلب التفريق من زوجها إذا أثبتت عقمه بتقريرين قطعيين من طبيبين مختصين ثقتين معتمدين من الجهات المختصة بوزارة الصحة.

المادة (١٦٤): في الحالات التي يتم فيها التفريق بين الزوجين بطلب من الزوجة لسبب من الزوج فلها حق المطالبة بسائر حقوقها الزوجية.

التعليق والإيضاح

١- هناك تشابه كبير بين هذا النص القانوني وقانون الأحوال الشخصية الأردني إلا في بعض النقاط.

٢- جعل النص القانوني التقرير الطبي وسيلة لإثبات العلة والعيب لمن يريد التطليق للعلة.

٣- للمرأة طلب التفريق للعنة سواء علمت بها قبل العقد أو بعده ولا يؤثر علمها قبل العقد على حقها في طلب الفسخ.

٤- أن العيب المانع من الدخول في المرأة والرجل يثبت بتقرير طبي من طبيبين مسلمين ثقتين من أهل الخبرة والاختصاص.

٥- للزوجة الحق في المطالبة بسائر حقوقها إذا كان التفريق لسبب من الزوج.

٦- أعطى النص للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها إذا أثبتت عقمه وعدم قدرته على الإنجاب بتقرير طبي قطعي، وقد انفرد مشروع القانون الفلسطيني بهذا النص عن سائر النصوص القانونية في قوانين الأحوال الشخصية العربية الأخرى.

المبحث السادس

التفريق لضرر الغيبة والحبس في الفقه والقضاء

المطلب الأول

التفريق لضرر الغيبة والحبس في الفقه

أقام الإسلام العلاقة بين الزوجين على المودة والسكن وحسن العشرة بينهما، وتتحقق هذه الأمور بتحقق المساكنة بينهما والإقامة معاً في مسكن الزوجية، أما إذا حُبِسَ الزوج أو غاب عن زوجته غيبة طويلة، انقلبت المودة والسكن تعاسة وشقاء وعَنَتاً.

فإذا تضررت الزوجة من غياب زوجها عنها أو حبسه وخشيت على نفسها الفتنة والعنت؛ فهل لها الطلب إلى القاضي أن يفرق بينها وبينه؟

اختلف العلماء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: يحق للزوجة الطلب إلى القاضي التفريق بينها وبين زوجها بسبب الغَيْبَةِ والحبس، وهو قول المالكية[1] والحنبلية[2] والشافعي في القديم[3]، وعللوا قولهم بأن الضرر يلحقها من ذلك، والله تعالى نهى عن إمساك الزوجة للإضرار بها بقوله: ﴿...وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا ...(٢٣١)﴾ [البقرة] وبغيبة الزوج وحبسه يتأكَّدُ إلحاق الضرر بها.

---

(١) انظر الحطاب الرعيني: مواهب الجليل ٥/ ٤٩٦ ـ ٤٩٧، النفراوي: الفواكه الدواني ١/ ٦٧ ـ ٦٨.

(٢) انظر البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٤٩٥.

(٣) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٥٢١.

واختلف أصحاب هذا المذهب في مدة الغيبة التي تجيز طلب التفريق وفي أسبابها:

فالمالكية يرون أن زوجة الغائب إذا تضررت من غيبة زوجها عنها، فلها طلب التفريق بينها وبينه، سواء كانت هذه الغيبة بعذر أو بغير عذر، إذا مضى على غيابه سنة كاملة على الأقل، وقصروا الضرر على خوف الزوجة من وقوعها في فاحشة الزِّنا، واعتبروا مرور السنة كافياً لادعاء ذلك[1]، وقسموا الغيبة إلى خمسة أقسام كما يلي:

الأول: غائب لم يترك نفقة ولا خلَّف مالاً ولا شرط عليه شرط في المغيب، فإن أحبت الفراق فإنها تقوم عند السلطان بعدم الإنفاق.

الثاني: غائب لم يترك نفقة ولزوجته عليه شرط في المغيب، فهي مخيرة في أن تقوم بعدم الإنفاق أو بشرطها، وهو أيسر عليها لأنه لا يُضرب له في ذلك أجل.

الثالث: غائب خلَّف نفقةً ولزوجته عليه شرط في المغيب، فهذه ليس لها أن تقوم إلا بالشرط خاصة، وسواء كان الغائب في هذه الثلاثة الأوجه معلوم المكان، أو غير معلوم المكان، إلا أن معلوم المكان يُعْذَرُ إليه إن تمكن من ذلك.

الرابع: غائب خلَّف نفقة ولا شرط لامرأته وهو معلوم المكان، فهذا يكتب إليه السلطان، إما أن يقدم أو يحمل امرأته إليه أو يفارقها وإلا طلَّق عليه.

الخامس: غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته عليه وغير معلوم المكان، فهذا المفقود[2].

أما الحنبلية فقسموا الغَيْبَة إلى قسمين:

---

(١) الحطاب الرعيني: مواهب الجليل ٥/٤٩٦ ـ ٤٩٧.

(٢) الحطاب الرعيني: مواهب الجليل ٥/٤٩٦ ـ ٤٩٧.

الأول: أن تكون غيبته غير منقطعة يعرف خبره ويأتي كتابه، فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله، فلها أن تطلب فسخ النكاح فيفسخ نكاحه. الثاني: أن يُفْقَدَ وينقطع خبره ولا يعلم له موضع، وهذا لا يخرج عن حالتين:

الأولى: أن تكون ظاهر غيبته السلامة، كسفر التجارة وطلب العلم والسياحة، فلا تزول الزوجية في هذه الحالة حتى يتم التيقن من موته.

الثانية: أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك، كالذي يُفْقَدُ من أهله ليلاً أو نهاراً، أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع، أو يفقد في المعركة، أو يركب البحر فينكسر المركب فيفقد البعض ويهلك البعض ولا يعلم له خبر، ففي هذه الحالة تتربص أربع سنين عند الإمام أحمد[١].

واختلفوا في المحبوس والأسير، فقد استثناه المالكية من الغائب طالت مدته أم قصرت، فلم يجيزوا لزوجته طلب التفريق، فلا تتزوج حتى يعلم موته، أو تنتظر مدة التعمير[٢] ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك[٣]، فخالفوا الحنبلية الذين ألحقوه بالمفقود[٤] وضربوا ستة أشهر إذا كانت بدون عذر[٥].

واستدل القائلون بجواز التفريق لضرر الغيبة بما يلي:

١ - أتت امرأةٌ عمرَ بن الخطاب فقالت: إن الجن استهوت زوجها، فأمرها أن تتربص أربع سنين، ثم أمر وليَّ الذي استهوته الجن أن يطلقها، ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً[٦].

---

(١) البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٤٩٥.

(٢) انظر عليش: منح الجليل شرح مختصر خليل ٤/ ٣٢٤، التسولي: البهجة شرح التحفة ١/ ٦٤٢. ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٢٥.

(٣) الإجماع ص ٤١.

(٤) ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٢٧.

(٥) البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٤٩٥.

(٦) سنن الدار قطني: ٣/ ١٨٩ رقم (٣٨٠٣). الإمام مالك: الموطأ ٢/ ٤٥٨ رقم (٥٢).

وجه الدلالة: أَمْرُ عمرَ وليَّ الزوجِ الغائبِ أن يطلق المرأة بعد غيابه يدل على جواز التفريق لضرر الغيبة.

٢- قول عمر بن الخطاب: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل[١].

وجه الدلالة: جعل عمر عدة من غاب عنها زوجها أربع سنين قبل أن تحل للأزواج دليل على جواز التفريق[٢].

٣- قياس الغيبة على الإيلاء بجامع الخوف على نفسها من الضرر الواقع عليها[٣].

٤- قياس الغَيْبَة على العنة بجامع فوات حقها في المعاشرة الزوجية[٤].

٥- قضاء عمر وعثمان وعبد الله بن الزبير بالتفريق بين الغائب وزوجته كان بمحضر من الصحابة، وانتشار هذه القضايا في الصحابة دون نكير منهم دليل الإجماع[٥].

المذهب الثاني: ليس للزوجة أن تطلب إلى القاضي التفريق بينها وبين زوجها بسبب غيبته أو حبسه طالت هذه الغيبة أو قصرت، بعذر كانت أو بغير عذر، وإن تضررت بسبب ذلك، وهو قول الحنفية[٦] والشافعية في الجديد[٧] والظاهرية[٨].

لم يتحدث الحنفية في مصنفاتهم عن حكم التفريق للغيبة في باب الفرقة، بل في باب المفقود وأحكامه، فلم يجيزوا لزوجته طلب التفريق، وكذلك لا يجيزونه لزوجة الغائب.

---

(١) الإمام مالك: الموطأ ٢/٤٥٨ رقم (٥٢).
(٢) الإمام مالك: الموطأ ٢/٤٥٨ رقم (٥٢).
(٣) البهوتي: كشاف القناع ٥/٤٩٥.
(٤) ابن قدامة: المغني ٧/٣٢٦-٣٢٧. ابن المنذر: الإجماع ص ٤١.
(٥) المصادر ذاتها.
(٦) انظر السرخسي: المبسوط ١١/٣٤، ابن الهمام: فتح القدير ٦/١٣٧.
(٧) انظر الشافعي: الأم ٥/٣٤٦، النووي: روضة الطالبين ٧/٤٠٣.
(٨) انظر ابن حزم: المحلى ٩/٣١٦، ٣٢٧.

استدل هذا الفريق لصحة ما ذهبوا إليه بما يلي:

١- بقول الرسول ﷺ: «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر»[١].

وجه الدلالة: الحديث ينص صراحة على أن امرأة المفقود تبقى على ذمة زوجها ولا يجوز التفريق بينها وبينه بسبب الفقد والغياب[٢].

٢- بقول علي - رضي الله عنه - في امرأة المفقود: هي امرأة ابتليت، فلتصبرْ حتى يأتيها الخبر موت أو طلاق[٣]، وبقول ابن مسعود - رضي الله عنه: أنها تنتظره أبداً[٤]، وبقول كل من

أبي قلابة وجابر بن زيد والشعبي والنخعي: أن ليس لها أن تتزوج حتى يتبين موته[٥].

وجه الدلالة: هذه الآثار المروية عن الصحابة والتابعين - رضي الله عنهم - تنص بصراحة على أن من غاب عنها زوجها أو فُقِدَ لا تتزوج حتى تستبين موته[٦].

٣- بالمعقول، حيث إن النكاح عرف ثبوته، والغيبة لا توجب الفرقة، والموت في حيز الاحتمال، فلا يُزَالُ النكاحُ بالشك[٧].

---

(١) حديث ضعيف أخرجه البيهقي والدارقطني، وفي رواية أخرى بلفظ «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان»، قال ابن أبي حاتم في «كتاب العلل»: سألت أبي عنه فقال: هذا حديث منكر وذكر العلماء أن رواته مجهولون أو متروكون، انظر الزيلعي: نصب الراية ٤/ ٣٨٢، والصنعاني: سبل السلام ٢/ ٣٠٤.

(٢) انظر ابن الهمام: فتح القدير: ٦/ ١٣٧، البابرتي: العناية ٦/ ١٣٨.

(٣) عبد الرزاق: المصنف ٧/ ٦٧ رقم (١٢٣٧٨).

(٤) المصدر ذاته ٧/ ٦٧ رقم (١٢٣٧٨).

(٥) الزيلعي: نصب الراية ٣/ ٤٧٣.

(٦) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٦/ ١٣٧ ـ ١٣٨، الشافعي: الأم ٥/ ٣٤٦. ابن حزم: المحلى ٩/ ٣٢٢.

(٧) ابن الهمام: فتح القدير ٦/ ١٣٨.

مناقشة الأدلة

لم تسلم أدلة الفريقين من المآخذ والانتقـادات، فقد نوقشت أدلة المانعين من التفريق لضرر الغيبة بما يلي:

١- الاستدلال بحديث امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها الخبر، فقد أجيب عنه بأنه لم يثبت ولم يذكره أصحاب السنن[١]، وضعفه العلماء[٢].

٢- والاستدلال بالأثر المروي عن علي - رضي الله عنه - فـيجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول: ما ورد عن عليٍّ رويه الحكم وحماد وهو مرسل.

الوجه الثاني: روي عنه مثل رواية عمر بن الخطاب التي يجيـز فيها التفريق للفقد والغيبة، وهي الرواية المستندة[٣].

٣- أما الاستـدلال بالأثر المروي عن ابن مسعود، فأجـيب عنه بأنه قد روي مثله عن علي حيث صح عنه أنـه قال: (امرأة المفقود تعتـد أربع سنين، ثم يطلقها الولي، ثم تعـتد أربعـة أشهـر وعشـراً، فإذا جاء زوجـها خـيِّر بين امـرأته وبين الصداق)[٤].

٤- وأما استـدلالهم بما روي أن الشعبي والنخعي وافقـا قول علي في عدم جواز التفريق بين الزوج وزوجته بسبب الفقد والغيبة، فأجيب عنه بأنه روي عنهما أيضاً ما يوافق القول الأول من جواز التفريق[٥].

٥- واستدلالهم بالمعقول وأن النكاح ثابت والغيبة لا توجب الفرقة، والموت في حيز الاحتـمال فلا يُزَالُ النكاح بالشك، فقد أجيب عنه بأنَّ الظاهرَ في غـيبته الهلاكُ وليس الشك[٦].

(١) ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٢٧.
(٢) انظر الزيلعي: نصب الراية ٤/ ٣٨٢، والصنعاني: سبل السلام ٢/ ٣٠٤.
(٣) ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٢٧.
(٤) ابن حزم: المحلى ٩/ ٣٢٠.
(٥) المصدر ذاته ٩/ ٣٢٨.
(٦) ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٢٨.

أما أدلة القائلين بجواز التفريق بين الزوجين لضرر الغَيْبَة فقد نوقشت بما يلي:

١- الاستدلال بالأثر المروي عن عمر - رضي الله عنه - في الرجل الذي استهوته الجن، فأجيب عنه بأن فيه انقطاعاً[١]، فهو ضعيف لا يصلح للاستدلال به[٢].

٢- والاستدلال بالأثر المروي عن عمر فيمن فقدت زوجها فلم تدر أين هو أنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل، فأجيب عنه بأن عمر رجع إلى قول علي[٣].

٣- أما قياس الغَيْبَة على الإيلاء فقد أجيب عنه بأن الإيلاء كان في الجاهلية طلاقاً معجلاً، فاعتبر في الشرع مؤجلاً، ووقوع الطلاق به بعد انقضاء مدة الإيلاء لا يتوقف على تفريق القاضي، ولأن النكاح حق الزوج حال حياته، وله إبقاء حقه عليه، ولو مكنَّا الزوجة أن تتزوج كان فيه حكمٌ بالموتِ ضرورةً، لأن المرأة لا تحلُّ لزوجينِ في حالة واحدةٍ، فيجب قسمة ماله أيضاً، وهذا ممتنعٌ ما لم يقم على موته دليلٌ موجب[٤].

٤- وأما قياس الغيبة على العنة فأجيب عنه بأن العنة بعد ما استمرت سنة كانت طبيعة، والطبيعة لا تنحل ففات حقها على التأبيد فيفرق بينهما بعد سنة دفعاً للضرر عنها، بخلاف المفقود، فإن حقها مرجوٌّ قبلَ مضي أربعِ سنين وبعدَه، وعليه فإن عودة المفقود أرجى من زوال العنة بعد مضي السنة، فلا يُشْرَعُ في الغيبة ما يشرع في العنة[٥].

٥- والاستدلال بالإجماع أجيب عنه بأن الاختلاف في التفريق للفقد والغيبة مشهور بين الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم، أما الصحابة فعلي خالف عمر

---

(١) العسقلاني: تلخيص الحبير ٤/ ٢٣٧.

(٢) ابن الهمام: فتح القدير ٦/ ١٣٨.

(٣) ابن الهمام: فتح القدير ٦/ ١٣٨.

(٤) انظر السرخسي: المبسوط ١١/ ٣٥٤، البابرتي: العناية ٦/ ١٣٨، ابن الهمام: فتح القدير ٦/ ١٣٨.

(٥) انظر البابرتي: العناية ٦/ ١٣٨، ابن الهمام: فتح القدير ٦/ ١٣٨.

- رضي الله عنهما -، ولم يفرق بين الزوجة وزوجها للفقد والغيبة، ومِنَ التابعين مَنْ تابع علياً في قوله كالحسن البصري وعطاء بن أبي رباح وابن شهاب الزهري ومكحول والشعبي وعمر بن عبد العزيز[1].

وأرى جواز التفريق للغيبة، لما يلي:

١- قوة الأدلة التي ساقها القائلون بجواز التفريق وصحتها، بحيث لا تقوى أدلة القائلين بمنع التفريق على معارضتها.

٢- جاءت قواعد الشريعة الإسلامية لتحث على دفع الضرر ورفعه، مثل: **«لا ضرر ولا ضرار»**[2]، **«الضرر يزال»**[3]، **«درء المفاسد أولى من جلب المنافع»**[4]، وفي ترك الزوجة في عصمة زوجها الغائب سنين طويلة ضرر شديد، وحرج كبير ومشقة عظيمة.

٣- ليس من العدل أو الإنصاف بحق المرأة أن تنتظر زوجها الغائب حتى يأتيها خبر وفاته أو أن تنقضي مدة تعميره، والتي أوصلها بعض فقهاء المذهب الحنفي إلى مائة وعشرين سنة، وفي أقل الروايات إلى سبعين، فنادراً ما تبقى المرأة على قيد الحياة مائة وعشرين سنة، وإن بقيت هذه المدة، فأيُّ فائدة في التفريق ستجنيها وقد بلغت من الكبر عتياً واشتعل الرأس منها شيباً، بل هي في هذه السن تحتاج إلى من يعتني بها لأنها إما طاعنة أو جدة مقعدة.

٤- أباحت الشريعة الإسلامية للزوجة طلب التفريق لإعسار الزوج بالنفقة؛ رغم وجوده عندها، فإباحة طلبها التفريق لغيبته وبعده عنها أولى، لما فيها من ضرر محقق بها.

٥- الأصل في مشروعية الزواج تحقيق السكينة وإضفاء مشاعر المودة والرحمة في أجواء الأسرة وبالأخص بين الزوجين، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ**

---

(١) انظر ابن حزم: المحلى ٩/ ٣٢٣ ـ ٣٢٤.

(٢) ابن نجيم: الأشباه والنظائر ص: ٨٥.

(٣) السيوطي: الأشباه والنظائر ص ١٧٣.

(٤) حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٣٧.

﴿لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾﴾ [الروم]، فإذا غاب الزوج عن زوجته وتركها ليتجاذبها الخوف والوحشة؛ بدل المودة والرحمة، وتتناوشها الأفكار للوقوع في المحظور بدل الإحصان، فلا أقل من مطالبتها بالفرقة لما أصابها من فتنة جراء هذه الغيبة!.

المطلب الثاني

التفريق لضرر الغيبة والحبس في القضاء

الفرع الأول: التفريق لضرر الغيبة والحبس في قوانين الأحوال الشخصية

١- القانون المصري

المادة (١٢): إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

المادة (١٣): إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي بلا إعذار وضرب أجل.

المادة (١٤): لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيًّا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر؛ ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

التعليق والإيضاح

١- أخذت معظم قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية نصوصها المتعلقة بالغيبة والحبس من نصوص القانون المصري إلا في بعض النقاط، حيث إن القانون المصري هو من أقدم قوانين الأحوال الشخصية.

٢- مبـدأ التفريق للغيـبة أخذ من مذهب الإمـامين مالك وأحمد، فـالإمام مالك يجيز التفريق للغياب سواء كان سـبب الغياب مشروعاً أم غير مشروع، بعذر أم بغير عذر، أما الإمام أحمد فقد اشترط أن يكون الغياب بغير سبب مشروع.

٣- المقصود بالغيبة الإقامة في بلد غيـر بلد الزوجة، أما الغيبة في غير بيت الزوجيـة مع الإقـامـة في بلد واحـد فـهي من الأحـوال التي يتنـاولهـا التطليق للضرر[١].

٤- اعتبر القانون المصري عقوبة الحبس ثلاث سنين سبباً لطلب التفريق سواء كانت العقـوبة صادرة في جناية أو جنحه، لأن اختلاف الوصـف القانوني للجريمة التي اقتـرفها المحبـوس لا يترتب عليهـا اختلاف الضرر النـاجم عن تقييد حـريته وحرمان زوجته من حقوقها الشرعية وتضررها من بعده عنها[٢].

٢- القانون السوري

المادة (١٠٩): ١- إذا غاب الزوج بلا عـذر مقبول أو حكم بعقـوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جـاز لزوجته بعد سنة من الغـياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له ما تستطيع الإنفاق منه.

٢- هذا التفريق طلاق رجعي فـإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها.

التعليق والإيضاح

١- لم يفـرق القـانون بين غـيـاب الزوج في مكان مـعـلوم أو في مكان مجهول.

٢- لم ينص القانون على إنذار الزوج الغائب وترك مدة كافية له ليرجع إلى زوجته أو ينقلها إليه قبل التفريق.

---

(١) انظر إبراهيم: أحكام الأحـوال الشخصـية في الشريعـة الإسلاميـة والقانون ص ٤١٥ - ٤٢٣، السمني: الوجيز في الأحوال الشخصية ص ٤٤٨ - ٤٥٢، عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ص ٣٥٣ - ٣٥٤.

(٢) إبراهيم: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ص: ٤٢٦ - ٤٢٧.

٣- أخذ القانون إباحة التفريق للغيبة والضرر من فقه الإمام مالك الذي جعل الطلقة التي يصدرها القاضي طلقة بائنة، لكن القانون جعل الطلقة للغيبة والضرر رجعية، وهذا مخالف للمذهب المالكي وللمذهب الحنبلي الذي اعتبرها فسخاً. فالنص خالف المذاهب الفقهية والاجتهادية، ثم إن المرأة لا تستفيد من طلب التفريق لو كانت الطلقة رجعية.

٤- في جعل التطليق للغيبة والضرر طلاقاً رجعيًّا، إضرارٌ بالزوجة لأنه يفتح باباً للزوج لإضراره بزوجته من جديد، بحيث يعود قبل انتهاء عدتها ليعلن رغبته في العودة إليها فيعود ليبيت عندها ليلة واحدة أو أكثر ثم يغيب عنها مرة أخرى[١].

٥- يحتاج النص القانوني إلى صياغة جديدة تنسجم مع فقه المذهب الذي تم أخذ التطليق للغيبة والضرر منه.

٣- القانون الأردني

المادة (١٢٣): إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول وكان معروف محل الإقامة جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها أو هجره لها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

المادة (١٢٤): إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأن يطلقها عليه إذا لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يُبدِ عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة بعد تحليفها اليمين.

المادة (١٢٥): إذا كان غائبا في مكان معلوم ولا يمكن وصول الرسائل إليه أو كان مجهول محل الإقامة وأثبتت الزوجة دعواها بالبينة وحلفت اليمين وفق الدعوى طلق القاضي عليه بلا إنذار وضرب أجل، وفي حالة عجزها عن الإثبات أو عن اليمين ترد الدعوى.

---

(١) السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ١/ ٢٣٧ - ٢٣٨.

المادة (١٣٠): لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته التطليق عليه بائناً؛ ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

التعليق والإيضاح

١- حسب القانون لا تستطيع الزوجة التي غاب عنها زوجها أو هجرها طلب التفريق إلا إذا كان غيابه عنها أو هجره لها سنة أو أكثر.

٢- إذا كان غياب الزوج عن زوجته لسبب مقبول كطلب العلم أو كان بإذنها فلا يحق لها طلب التفريق لضرر الغيبة.

٣- إذا تركت الزوجة بيت الزوجية وغابت هي عن زوجها أو هجرت فراش الزوجية فلا يجوز لها طلب التفريق لضرر العيبة.

٤- إذا كان الزوج الغائب معلوم محل الإقامة وتصله الرسائل ضرب له القاضي أجلاً للحضور والإقامة أو نقل زوجته إليه، وإلاً طلق القاضي عليه بعد انتهاء الأجل.

٥- إذا كان الزوج الغائب مجهول محل الإقامة، أو معلوم محل الإقامة ولا تصله الرسائل طلق عليه القاضي في الحال بعد حلف الزوجة اليمين.

٦- تستطيع زوجة المحبوس طلب التطليق من زوجها السجين إذا:

أ- صدر حكم باتٌ ونهائي بحبسه لأكثر من ثلاث سنوات.

ب- مضى أكثر من سنة على حبسه.

٧- لا ارتباط بين وجود مال للغائب أو المحبوس تنفق من الزوجة وبين طلب التفريق.

٨- الطلاق الذي يصدره القاضي للغيبة أو الحبس بائنٌ ينهي العلاقة الزوجية[1].

---

(١) انظر السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ٢/٤٦٨ - ٤٧٠، ملحم: الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني ص ١٧٥- ١٨٠، إبراهيم: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ص٢٤١- ٢٤٥.

٤- القانون التونسي

لم يأت نص صريح في قانون الأحوال الشخصية التونسي بالتفريق بين الزوجين لضرر الغيبة والحبس، وإنما جاءت نصوص تنهى كلاً منهما عن الإضرار بالآخر، منها:

الفصل (٢٣): على كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنب إلحاق الضرر به.

٢- الفصل (٣١): يحكم بالطلاق بتراضي الزوجين بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

التعليق والإيضاح

نظراً لعدم نص القانون على التفريق لضرر الغيبة والحبس فقد تتبَّعتُ عدداً من القرارات الصادرة عن المحاكم التونسية، والتي تنص على وجوب المساكنة بين الزوجين:

١- جاء في القرار التعقيبي مدني رقم (٢٢٦٦٤) تاريخ ٢٣/ ٥/ ١٩٨٩: (تعد المساكنة من أهم واجبات الزوجية وأجدرها بالاهتمام باعتبارها تمثل الغرض الأصلي والأساسي من عقد الزواج، وتشكل بالتالي المصدر الذي ينطلق منه ما يصبح يتبادله الطرفان من حقوق وواجبات)(١).

يوجب هذا القرار القضائي على الزوج أن يسكن مع زوجته، لأن الإقامة والمكث في بيت الزوجية من واجبات الزواج، فمغادرة الزوج لبيت الزوجية يعد من خرق الواجبات المفروضة عليه والناتجة عن عقد الزواج بين الطرفين.

٢- جاء في القرار التعقيبي مدني عدد (١١٦٥) مؤرخ في ٩/ ٥/ ١٩٧٨:

أ- عقد الزواج ولَئِنْ كان مِصدراً للحقوق فإنه كذلك مَنْشأً للواجبات.

ب- ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف.

---

(١) الشريف: مجلة الأحوال الشخصية ص ٤٧.

ت- المساكنة من أهم واجبات الزوجية باعتبارها الغرض الأساسي المطلوب من عقد الزواج، وتشكل بالتالي المصدر الذي ينطلق منه ما يتبادله الطرفان من حقوق وواجبات، وبناء على ذلك فالإخلال بغيٌ وتعسفٌ بالواجب المذكور يعرض صاحبه لأحكام المادة ٢٦٢ من مجلة الالتزامات والعقود، التي تقضي بأن ليس لأحد أن يقوم بحق ناتج عن التزام ما لم يَثْبُتْ أنه وفَّى من جهته، أو عرض أن يُوَفِّي بما أوجبه عليه ذلك الالتزام)[1].

يعتبر هذا القرار القضائي المساكنة واجبة بين الزوجين، لذا فالإخلال بهذا الواجب يعتبر بغياً وتعسفاً يعرِّضُ صاحبَه إلى المساءلة القانونية والعقوبة لأنه إضرار بالغير.

وفي رأيي أن عدم النص على التفريق للغيبة والحبس بشكل واضح في القانون يجعله مشوباً بالنقص. فالأولى بالمشرع التونسي أن ينص على التفريق لضرر الغيبة والحبس بشكل مفصل، فهذا أسرع للفصل في الخصومات بين الزوجين وتقصير لأمد التقاضي.

٥- القانون الكويتي

المادة (١٣٦): إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب تطليقها بائناً إذا تضررت من غيبته؛ ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

المادة (١٣٧): ١- إن أمكن إعلان الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يُبْدِ عذراً مقبولاً فرَّق القاضي بتطليقة بائنة.

٢- وإن لم يمكن إعلان الغائب فرق القاضي بلا إعذار ولا أجل.

المادة (١٣٨): إذا حُبِس الزوج تنفيذاً لحكم نهائي بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر جاز لزوجته أن تطلب التطليق عليه بائناً بعد مضي سنة من حبسه؛ ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

---

(١) المصدر ذاته ص ٥٧.

التعليق والإيضاح

١- نص القانون على غيبة الزوج في بلد غير الذي تقيم فيها الزوجة، فجاء في المذكرة الإيضاحية: (والمراد بغيبة الزوج هنا غيبته عن زوجته بالإقامة في بلد آخر، أما الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد فهي من الأحوال التي يتناولها التفريق للضرر)[1].

٢- لم يذكر القانون الهجر ولم يعتبره كالغياب، بينما نص القانون الأردني على أن الغياب والهجر درجة واحدة، واعتبر القانون الكويتي التفريق للهجر تفريقاً للضرر[2].

٦- مشروع القانون العربي الموحد

المادة (١١٨): للزوجة طلب التطليق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد إنذاره: إما بالإقامة مع زوجته أو نقلها إليه أو طلاقها، على أن يمهل لأجلٍ لا يقل عن أربعة أشهر ولا يتجاوز سنة

المادة (١١٩): لزوجة المفقود أو الغائب الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته طلب التطليق، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ الغياب أو الفقدان.

المادة (١٢٠): لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة سنوات طلب التطليق، ولا يحكم لها بذلك إلا إذا مضى على حبسه مدة لا تقل عن سنة.

التعليق والإيضاح

١- أعطى النص القانوني أجلاً للغائب المعروف الموقع والوطن والمحل مدة لا تقل عن أربعة أشهر ولا تزيد على سنة، فخالف بذلك قوانين الأحوال

---

(١) الغندور: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت ص ٧٨٢.

(٢) المصدر ذاته.

الشخصية المصري والسوري والأردني والكويتي التي تنص في قوانينها على إعطاء الغائب أجلاً؛ وتركت تحديد المدة لسلطة القاضي، ومما لا شك فيه إن مدة أربعة أشهر إلى سنة مدة طويلة وبالأخص في هذا الزمان، والأنسب ألاّ تزيد المدة عن شهر.

٢- سوّى مشروع القانون بين زوجة المفقود وزوجة الغائب مجهول الموطن في حق طلب التفريق بعد مضي سنة من الغياب أو الفقدان، وهذا مخالف للمذهب المالكي الذي يعتبر مرجعية قوانين الأحوال الشخصية في التفريق للفقد والغيبة. فالمفقود في هذا المذهب له حالات عديدة لم يميز المشروع بينها، فالفقدُ في حالة الحرب غيرُه في حالة السلم، والفقد في حالة الزلازل والغارات غيرُه في الظروف العادية، لذا ففي النص قصورٌ واضح.

٧- مشروع القانون الفلسطيني

المادة (١٦٥): إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها مدة سنة فأكثر دون إذن منها بلا عذر مقبول وكان معروف محل الإقامة، جاز لها أن تطلب من القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها أو هجره لها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه، وللقاضي منحه أجلاً يعذر إليه إذا لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة بعد تحليفها اليمين.

المادة (١٦٧): إذا كان الزوج غائباً في مكان معلوم ولا يمكن وصول الرسائل إليه أو كان مجهول محل الإقامة وأثبتت الزوجة دعواها بالبينة وحلفت اليمين وفق الدعوى فرق القاضي بينهما.

المادة (١٦٨): ١-إذا طلبت الزوجة من القاضي فسخ الزواج عند ثبوت عجز الزوج بإقراره أو بالبينة عن دفع المهر المعجل - كله أو بعضه - قبل الدخول يمهله القاضي شهراً، فإذا لم يدفع المهر بعد ذلك يفسخ الزواج.

٢-إذا كان الزوج غائباً ولم يعلم له محل إقامة ولا مال يمكن تحصيل المهر منه وطلبت الزوجة الفسخ فيفسخ القاضي الزواج دون إمهال.

المادة (١٦٩): ١- لزوجة المفقود طلب التطليق، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ الفقدان.

٢- يحكم بموت المفقود الذي فقد في جهة معلومة ويغلب على الظن موته بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقده ما لم يكن فقده إثر كارثة فيحكم بموته بعد سنة، أما إذا فقد في جهة غير معلومة ولا يغلب على الظن هلاكه فيفوض أمر المدة التي يحكم بموته فيها إلى القاضي، وفي كل الأحوال لا بد من التحري عنه بالوسائل التي يراها القاضي كافية للتوصل إلى معرفة حياته أو موته.

٣- إذا تزوجت المرأة التي حكم بوفاة زوجها، ثم تحققت حياة الزوج الأول، لا ينفسخ الزواج الثاني بعد الدخول إلا إذا كان الزوج الثاني عالماً بحياة الأول أما قبل الدخول فيفسخ الزواج.

المادة (١٧٣) لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيًا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته التطليق علية بائناً ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه، ويسرى حكم هذه المادة على المعتقل دون حكم بعد مضي المدة المذكورة.

التعليق والإيضاح

١- تأثرت هذه النصوص بالقانونين المصري والأردني.

٢- ينحصر الاختلاف بين مشروع القانون الفلسطيني وبقية القوانين في حكم المحبوس فقط، حيث اشترطت قوانين الأحوال الشخصية للتفريق بين المحبوس وزوجته صدور حكم نهائي بحقه يوجب حبسه مدة تزيد عن ثلاث سنين، ورفع الأمر إلى القضاء بعد سنة من تاريخ الحبس فقط، أما مشروع القانون الفلسطيني فقد أجاز لزوجة المعتقل لمدة تزيد على ثلاث سنين ولو دون حكم نهائي أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها للضرر.

وسبب هذا التوجه مراعاة الظرف الفلسطيني الخاص، ذلك أن الاحتلال الإسرائيلي يعتقل عدداً كبيراً من المواطنين ويُودِعُهم رهن الاعتقال والتحقيق مدة تزيد على ثلاث سنوات، وفي بعض الحالات تمتد لتصل إلى عشر سنوات متتالية.

أولاً: لائحة الدعوى

بسم الله الرحمن الرحيم

لدى محكمة القدس الشرعية الموقرة   الدعوى أساس ٧١/ ٢٠٠٤

المدعية: نائلة إبراهيم حسن من القدس وسكانها، وكيلها المحامي خليل خالد.

المدعى عليه: عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها سابقاً، وحالياً مجهول محل الإقامة ولا محل إقامة له في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، وآخر محل إقامة له بيت الزوجية في القدس مقابل باب الأسباط.

موضوع الدعوى: طلب التفريق للغيبة والضرر.

وقائع الدعوى

١- المدعية زوجة ومدخولة بصحيح العقد الشرعي للمدعى عليه؛ بموجب وثيقة عقد الزواج الصادرة عن محكمة القدس الشرعية بتاريخ ١٥/ ١١/ ٢٠٠٢؛ وحاملة للرقم (١٨١٧٧) بمعرفة المأذون الشرعي التابع لها الشيخ مصطفى الطويل.

٢- تم الزفاف بين الزوجين المتداعيين بتاريخ ٢٥/ ١٢/ ٢٠٠٢م، وبعد شهر من زفافهما غادر الزوج المدعى عليه عودة المذكور بيت الزوجية في القدس مقابل باب الأسباط إلى جهة مجهولة ولا يعلم له مكان وجود حالياً.

٣- منذ خروجه ومغادرته بيت الزوجية وبالتحديد من تاريخ ٢٥/ ١٢/ ٢٠٠٢م غاب غيبة مستمرة دون انقطاع.

٤- منذ مغادرة الزوج المدعى عليه عودة المذكور لم يحضر إلى بيت الزوجية مطلقاً، ولم يرسل في طلب زوجته للانضمام إليه، وكان غيابه دون إذن من زوجته المدعية نائلة المذكورة ودون موافقتها ودون سبب أو عذر شرعي مقبول.

٥- المدعية نائلة المذكورة شابة في مقتبل العمر، وقد تضررت أشدَّ الضرر من غياب زوجها عنها، وهي تخشى على نفسها الفتنة والعنت والفساد.

٦- لمحكمتكم الموقرة صلاحية النظر والفصل في هذه الدعوى.

٧- البينات تحصر وتقدم أثناء المحاكمة.

الطلب

يلتمس وكيل المدعية من محكمتكم الموقرة ما يلي:

١- تبليغَ نسخة من لائحة الدعوى للمدعى عليه.

٢- تعيينَ موعد للنظر في هذه الدعوى.

٣- غبَّ الثبوت الحكمَ للمدعية بالتفريق بينها وبين زوجها المدعى عليه بطلقة واحدة بائنة بينونة صغرى لضرر الغيبة.

٤- تضمينَ المدعى عليه الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

تحريراً في ١١/ ٤/ ٢٠٠٤متوقيع وكيل المدعية

ثانياً: مذكرة التبليغ

ورقة دعوة

السلطة الوطنية الفلسطينية

ديوان قاضي القضاة المحاكم الشرعية   رقم الدعوى الأساس٧١/ ٢٠٠٤

محكمة القدس الشرعية

المدعية: نائلة إبراهيم حسن من القدس وسكانها، وكيلها المحامي خليل خالد.

المدعى عليه: عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها سابقاً، وحالياً مجهول محل الإقامة، ولا محل إقامة له في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، وآخر محل إقامة له بيت الزوجية في القدس مقابل باب الأسباط.

يقتضي حضورك إلى محكمة القدس الشرعية يوم الثلاثاء في ٢٠/٤/٢٠٠٤ الساعة التاسعة صباحاً للنظر في الدعوى أساس ٧١/٢٠٠٤ المقامة عليك من قبل نائلة المذكورة، فإذا لم تحضر أو يرسل وكيلاً ترى الدعوى بحقك غيابياً.

تحريراً في ١١/٤/٢٠٠٤ م.

توقيع الشاهد توقيع الشاهد توقيع المبلغ إليه

انتقلت أنا محضر محكمة القدس الشرعية نافذ نظام الخالدي لتبليغ المدعى عليه عودة أحمد سالم حمدان فلم أجده ولم أجد من يتبلغ عنه، وبعد بذل الجهد والتحري استوضحت من الشاهدين خالد محمد علي حمدان وعصام محمد علي حمدان بأن المدعى عليه عودة المذكور غير موجود في القدس ولا مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية ولا يعرف له محل إقامة الآن، وكان يقيم قبل مغادرته في القدس ببيت الزوجية مقابل باب الأسباط. لذا أعيد أوراق التبليغ دون تبليغ لإجراء المقتضى حسب الأصول.

تحريرا في ١٣/٤/٢٠٠٤م

توقيع المحضر

بسم الله الرحمن الرحيم

في اليوم المعين وفي المجلس الشرعي المعقود لدي أنا تيسير رجب التميمي قاضي القدس الشرعي حضر المحامي الشرعي الأستاذ خليل خالد وكيلاً عن المدعية نائلة إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها؛ بموجب وكالة خاصة شاملة للدعوى مؤرخة بتاريخ ٨/ ٤/ ٢٠٠٤م ومستوفى عنها الرسم القانوني بتاريخ ١١/ ٤/ ٢٠٠٤ م منظمة ومصدقة من قبله حسب الأصول. بعد تلاوتها والاطّلاع عليها حفظت في ملف الدعوى.

نودي على المدعى عليه عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها سابقاً، وحالياً مجهول محل الإقامة ولا محل إقامة له في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، وآخر محل إقامة له بيت الزوجية في القدس مقابل باب الأسباط، فلم يحضر ولم يرسل وكيلاً ولم يعتذر، وتبين من مشروحات مُحْضِر هذه المحكمة نافذ نظام الخالدي أنه انتقل لتبليغ المدعى عليه عودة أحمد سالم حمدان فلم يجده ولم يجد من يتبلغ عنه، واستوضح من الشاهدين خالد محمد علي حمدان وعصام محمد علي حمدان بأن المدعى عليه عودة المذكور غير موجود في القدس أو مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، ولا يعرف له محل إقامة فيها وحالياً مجهول محل الإقامة، وكان يقيم قبل مغادرته في بيت الزوجية في القدس مقابل باب الأسباط، كل ذلك بعد بذل الجهد والتحري لذا فقد أعاد أوراق التبليغ دون تبليغ.

قال وكيل المدعية: أطلب من المحكمة الموقرة تبليغ المدعى عليه عودة المذكور وفق أحكام المادة (١٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

حيث الأمر كما سبق ذكره فإن المحكمة تقرر قناعتها بأنه لا سبيل إلى تبليغ المدعى عليه عودة المذكور وفق الطرق الاعتيادية المتبعة في التبليغ، لذا فإنها تقرر تبليغه وفق أحكام المادة (٢٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، بنشر إعلان في إحدى الصحف المحلية اليومية الرسمية، وإعلان آخر على لوحة إعلانات إيوان هذه المحكمة، وثالثٍ على باب آخر محل إقامة له في بيت الزوجية في القدس

مقابل باب الأسباط، وتأجيل النظر في هذه الدعوى إلى يوم الإثنين الموافق ٢٤/ ٥/ ٢٠٠٤م الساعة التاسعة صباحاً.

أفهم علناً حسب الأصول. تحريراً في ٣٠/ صفر الخير / ١٤٢٥ وفق ٢٠/ ٤/ ٢٠٠٤ م.

توقيع وكيل المدعية　　　توقيع الكاتب　　　توقيع التقاضي

في اليوم المعين حضر وكيل المدعية، وحضرت بحضوره المدعية المكلفة شرعاً والمعروفة لدينا ذاتاً بهويتها الشخصية نائلة إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها. ونودي على المدعى عليه عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها سابقاً، وحالياً مجهول محل الإقامة، ولا محل إقامة له في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، وآخر محل إقامة له بيت الزوجية في القدس مقابل باب الأسباط، فلم يحضر ولم يرسل وكيلاً ولم يعتذر مع أنه تبلغ موعد هذه الجلسة حسب الأصول.

قال وكيل المدعية نائلة المذكورة: ألتمس من المحكمة الموقرة محاكمة المدعى عليه غيابياً.

المحكمة تقرر إجابة الطلب ومحاكمة المدعى عليه غيابيًا.

بوشرت إجراءات المحاكمة الغيابية علناً، فتليت لائحة الدعوى من وكيل المدعية نائلة المذكورة، فصدقها وقررها وكررها وطلب الحكم بمضمونها.

تكلف المحكمة وكيل المدعية نائلة المذكورة إثبات دعوى موكلته.

قال وكيل المدعية: إنني أثبت دعوى موكلتي نائلة المذكورة بالبينتين الخطية والشخصية، أما البينة الخطية فهي وثيقة عقد زواج موكلتي نائلة المذكورة والمدعى عليه عودة المذكور وإنني أبرزها للمحكمة، وأبرزها من يده، ومن تلاوتها تبين أنها وثيقة عقد زواج صادرة عن محكمة القدس الشرعية بتاريخ ١٥/ ١١/ ٢٠٠٢ وحاملة للرقم (١٨١٧٧) منظمة بمعرفة المأذون الشرعي الشيخ مصطفى الطويل، اسم الزوج عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها، اسم الزوجة نائلة إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها؛ إلى آخر ما جاء في الوثيقة المذكورة، بعد تلاوتها والاطلاع عليها تبين أنها خالية عن شائبتي التصنع والتزوير فحفظت بين أوراق هذه الدعوى، أما البينة الشخصية فهي شهادة كل واحد من الشهود

محمد إبراهيم أحمد حسين ومحمود إبراهيم أحمد حسن وعبد المنعم خليل أحمد حسن وطارق خليل أحمد حسن ونادر علي أحمد حسن وجمال علي أحمد حسن جميعهم من القدس وسكانها.

تكلف المحكمة وكيل المدعية حصر بينته.

قال وكيل المدعية: إنني أحصر بينتي بمن ذكرت من الشهود ولا شاهد لي سواهم، ألتمس من المحكمة الموقرة سماع من حضر من الشهود الذين سميتهم.

وبالنداء حضر الشاهد المسمى الرجل المكلف شرعاً والمعروف لدينا ذاتاً بهويته الشخصية وهو من جائزي الشهادة محمد إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها، وغبَّ الاستشهاد الشرعي منه شهد بعد أدائه القسم قائلاً: (والله العظيم إنني أعرف المدعية نائلة إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها، وأعرف المدعى عليه عودة أحمد سالم من القدس وسكانها سابقاً وحالياً مجهول محل الإقامة، ولا محل إقامة له في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية وآخر محل إقامة له بيت الزوجية في القدس مقابل باب الأسباط، وإنني أعرفهما من غير عداوة ظاهرة ولا قرابة مانعة، وإن المدعية نائلة المذكورة هي شقيقتي وهي زوجة ومدخولة بصحيح العقد الشرعي للمدعى عليه عودة المذكور، بموجب وثيقة عقد الزواج الصادرة عن محكمة القدس الشرعية بتاريخ ١٥/١١/٢٠٠٢ تحمل الرقم (١٨١٧٧)، وتم الزفاف بين المدعية نائلة والمدعى عليه عودة المذكورين بتاريخ ٢٥/١٢/٢٠٠٢م. وبعد شهر واحد من زفافها غادر الزوج عودة بيت الزوجية الكائن في القدس في باب الأسباط إلى جهة مجهولة ولا يعرف له مكان الآن، وإن غيبته عن زوجته نائلة المدعية غيبة مستمرة ودون انقطاع، وإنه لم يحضر إلى بيت الزوجية مطلقاً ولم يرسل في طلب زوجته للانضمام إليه وكان غيابه دون إذن من زوجته المدعية نائلة ولا موافقتها ودون سبب أو عذر شرعي مقبول، وإن المدعية نائلة شابة في مقتبل العمر وقد تضررت أشد الضرر من غيبة زوجها المدعى عليه عنها، فهي تخشى على نفسها من الفتنة والعنت والمشقة، وهذه شهادتي وبها أشهد والله على ما أقول شهيد).

ولا مناقشة للشاهد من المدعية نائلة أو من وكيلها.

توقيع الشاهد

بالنداء حضر الشاهد المسمى الرجل المكلف شرعاً والمعروف لدينا ذاتاً بهويته الشخصية محمود إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها وهو من جائزي الشهادة، وغبَّ الاستشهاد الشرعي منه شهد بعد أدائه القسم قائلاً: (والله العظيم إنني أعرف المدعية نائلة إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها وأعرف المدعى عليه عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها سابقاً، وحالياً مجهول محل الإقامة ولا محل إقامة له في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، وآخر محل إقامة له في بيت الزوجية في القدس مقابل باب الأسباط، وإنني أعرفهما من غير عداوة ظاهرة ولا قرابة مانعة، وإن المدعية نائلة المذكورة هي شقيقتي وزوجة ومدخولة بصحيح العقد الشرعي للمدعى عليه عودة المذكور، وذلك بموجب وثيقة عقد الزواج الصادرة عن محكمة القدس الشرعية بتاريخ ١٥/ ١١/ ٢٠٠٢ والحاملة للرقم (١٨١٧٧)، وتم زفاف المدعية نائلة المذكورة للمدعى عليه عودة المذكور بتاريخ ٢٥/ ١٢/ ٢٠٠٢، وبعد شهر واحد من زفافهما غادر الزوج عودة المذكور بيت الزوجية الكائن في القدس مقابل باب الأسباط إلى جهة مجهولة ولا يعرف له مكان الآن، وإن غيبته عن زوجته نائلة المدعية غيبة مستمرة دون انقطاع، ولم يحضر إلى بيت الزوجية مطلقاً ولم يرسل في طلب زوجته نائلة للانضمام إليه، وغيبته عن زوجته نائلة كانت دون إذن منها ولا موافقتها ودون سبب أو عذر شرعي مقبول، وإن المدعية نائلة شابة في مقتبل العمر، وتضررت من غيبته عنها أشد الضرر، لذا فهي تخشى على نفسها العنت والفساد والفتنة والمشقة، وهذه شهادتي وبها أشهد والله على ما أقول شهيد).

ولا مناقشة للشاهد من المدعية نائلة أو من وكيلها.

توقيع الشاهد

قال وكيل المدعية: لقد قامت البينة على شهادة موكلتي، لذا فإنني ألتمس من المحكمة الموقرة إجراء الإيجاب الشرعي.

من تدقيق المحكمة لشهادة كل واحد من الشاهدين محمد إبراهيم أحمد حسن ومحمود إبراهيم أحمد حسن فإنها تقرر أنها مطابقة لدعوى المدعية، وتقرر القناعة بها وقبولها.

وحيث الأمر كما ذكرت المحكمة فإنها وسنداً إلى المادة (١٢٥) من قانون الأحوال الشخصية تقرر تحليف المدعية نائلة المذكورة اليمين الشرعية على دعواها. وبعد تصويرها لها استعدت لحلفها، وحلفتها قائلة: (والله العظيم إنني زوجة ومدخولة بصحيح العقد الشرعي للمدعى عليه عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها سابقاً، وحالياً مجهول محل الإقامة ولا يوجد له محل إقامة في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، وآخر محل إقامة له بيت الزوجية في القدس مقابل باب الأسباط، وذلك بموجب وثيقة عقد الزواج الصادرة عن محكمة القدس الشرعية بتاريخ ١٥/ ١١/ ٢٠٠٢، وحاملة للرقم (١٨١٧٧) بمعرفة المأذون الشرعي الشيخ مصطفى الطويل، وأنه قد تم الزفاف بيني وبين زوجي المدعى عليه عودة المذكور بتاريخ ٢٥/ ١٢/ ٢٠٠٢، وبعد شهر من زفافنا غادر زوجي المدعى عليه عودة المذكور بيت الزوجية في القدس مقابل باب الأسباط إلى جهة مجهولة، ولا يعلم له مكان وجود حالياً، وأنه ومنذ تاريخ خروجه من بيت الزوجية وبالتحديد من تاريخ ٢٥/ ١٢/ ٢٠٠٢ غاب عني غيبة مستمرة ودون انقطاع، وأنه منذ مغادرته لبيت الزوجية لم يحضر مطلقاً ولم يرسل في طلبي للانضمام إليه، وأن غيابه عني دون إذني أو موافقتي ودون سبب أو عذر شرعي مقبول، وأنني شابة في مقتبل العمر وتضررت أشد الضرر من غيابه عني وأخشى على نفسي العنت والفساد والفتنة والله على ما أقول شهيد).

توقيع الحالفة

وحيث حلفت المدعية نائلة المذكورة اليمين الشرعية التي صورتها لها المحكمة سنداً إلى المادة (١٢٥) من قانون الأحوال الشخصية فإنني أكرر سؤال المدعية ووكيلها عن كلامهما الأخير، فطلبا إجراء الإيجاب الشرعي. وعليه ولتوفر أسباب الحكم فقد أعلنت ختام المحاكمة وأصدرت التالي باسم الله تعالى.

أفهم علناً حسب الأصول. تحريراً في ٥/ربيع الآخرة / ١٤٢٥ هـ وفق ٢٤/ ٥/ ٢٠٠٤م

توقيع المدعية   توقيع وكيل المدعية   توقيع الكاتب   توقيع القاضي

رابعاً: القرار الابتدائي

القرار

بناء على الدعوى والطلب والبينـة الخطية المبرزة والشخصيـة المقنعة واليمين الشرعيـة، وتوفيقاً للايجـاب الشرعي وسنداً إلى المادتين (١٨١٨) و (١٨١٩) من مجلة الأحكام العـدلية والمواد (٥٦) و (٦٧) و (٧٥) من قانون أصول المحـاكمات الشرعيـة، والمواد (١٢٣) و (١٢٥) و (١٣٣) من قانون الأحوال الشخصيـة، فقد حكمت بالتفريق بين المدعية نائلة المذكورة وزوجها المدعى عليه الداخل بها بصحيح العقد الشـرعي عودة أحمد سالم حمـدان بطلقة واحدة بائنة بينونة صغرى للغـيبة والضرر، وأن عليها الـعدة الشرعية اعتبـاراً من تاريخه أدناه، وبأنها لا تحل له إلا بعقد ومهـر جديدين ما لم تكن مسبوقة منه بطلقـتين، وضمنت المدعي عليه عودة المذكور الرسـوم والمصاريف القانونـية ومبلغ عـشرين ديناراً أردنيًّا أتعاب مـحاماة لوكيل المدعية نائلة المذكورة، حكماً غيابيًّا قابلاً للاعتراض والاستئناف وتابعاً له، موقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية الموقرة.

أفهم علناً حسب الأصول.

تحريراً في ٥ ربيع الآخر ١٤٢٥ هـ وفق ٢٤/ ٥/ ٢٠٠٤م.

توقيع القاضي　　　　　　توقيع الكاتب

خامساً: مذكرة تبليغ الحكم الابتدائي

مذكرة تبليغ حكم ابتدائي صادر عن

محكمة القدس الشرعية في الدعوى أساس ٧١/ ٢٠٠٤[1]

السلطة الوطنية الفلسطينية

ديوان قاضي القضاة / المحاكم الشرعية

محكمة القدس الشرعية

---

(١) وفق المادة (٢٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ينشـر هذا الحكم في صحيفة يومية محلية، وتعلق نسخة منه على لوحة إعلانات المحكمة، ونسخة على باب آخر محل إقامة للمدعى عليه.

المدعية: نائلة إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها.

المدعى عليه: عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها سابقاً، وحالياً مجهول محل الإقامة، ولا محل إقامة له في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، وآخر محل إقامة له بيت الزوجية في القدس مقابل باب الأسباط.

موضوع الدعوى: طلب التفريق للغيبة وللضرر.

نوع الحكم: غيابي.

الأسباب الثبوتية: البينتان الخطية المبرزة والشخصية المقنعة.

في الدعوى المتكونة بين المتداعيين المذكورين صدر القرار التالي باسم الله تعالى:

بناء على الدعوى والطلب والبينتين الخطية المبرزة والشخصية المقنعة واليمين الشرعية وتوفيقاً للإيجاب الشرعي، وسنداً إلى المادتين (١٨١٨) و (١٨١٩) من مجلة الأحكام العدلية، والمواد (٥٦) و (٦٧) و (٧٥) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، والمواد (١٢٣) و (١٢٥) و (١٣٣) من قانون الأحوال الشخصية، فقد حكمتُ بالتفريق بين المدعية نائلة المذكورة وبين المدعى عليه زوجها الداخل بها بصحيح العقد الشرعي عودة المذكور بطلقة واحدة بائنة بينونة صغرى للغيبة والضرر، وعلى المدعية نائلة المذكورة العدة الشرعية اعتباراً من تاريخه أدناه وبأنها لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين ما لم تكن مسبوقة منه بطلقتين، وضَمَّنْتُ المدعى عليه الرسوم والمصاريف القانونية ومبلغَ عشرين ديناراً أردنياً أتعاب محاماة لوكيل المدعية نائلة، حكماً غيابياً قابلاً للاعتراض والاستئناف وتابعاً له وموقوف النفاذ على تصديقه من محكمة الاستئناف الشرعية.

أفهم علناً حسب الأصول. تحريراً في ٥ ربيع الآخر١٤٢٥ هـ وفق ٢٤/٥/٢٠٠٤ م

توقيع الكاتب **توقيع قاضي القدس الشرعي**

سادساً: القرار الاستئنافي

هيئة المحكمة

الرئيس: . . .

العضو: . . .

العضو: . . .

المدعية: نائلة إبراهيم حسن من القدس وسكانها، وكيلها المحامي خليل خالد.

المدعى عليه: عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها سابقاً، وحالياً مجهول محل الإقامة ولا محل إقامة له في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، وآخر محل إقامة له بيت الزوجية في القدس مقابل باب الأسباط.

موضوع الاستئناف: التفريق للغيبة والضرر.

تاريخ الاستئناف: ١٦/ ٨/ ٢٠٠٤ م

رقم الاستئناف: ١٥٤/ ٢٠٠٤ م

الحكم المستأنف: غيابي صادر عن محكمة القدس الشرعية في الدعوى أساس ٧١/ ٢٠٠٤ تاريخ ٢٤/ ٥/ ٢٠٠٤م سجل ٢٠٢ ٣٤٦ عدد ٦٢، تم رفعه بموجب المادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

القرار الصادر باسم الله تعالى

بعد الاطلاع على محضر الدعوى وسائر الأوراق المتعلقة بها تبين ما يلي:

١- أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها بالتفريق بين المدعية نائلة المذكورة وبين زوجها الداخل بها بصحيح العقد الشرعي المدعى عليه عودة المذكور بطلقة واحدة بائنة بينونة صغرى للغيبة والضرر، وأن عليها العدة الشرعية اعتباراً من تاريخه أدناه وبأنها لا تحل له إلاَّ بعقد ومهر جديدين ما لم تكن مسبوقة منه بطلقتين، وضمنت المدعى عليه الرسوم والمصاريف ومبلغ عشرين ديناراً أردنياً

أتعاب محاماة لوكيل المدعية، بناء على البينتين الخطية والشخصية واليمين الشرعية، وسندا إلى المادتين (١٨١٨) و (١٨١٩) من مجلة الأحكام العدلية والمواد (٥٦) و(٦٧) و (٧٥) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، والمواد (١٢٣) و (١٢٥) و (١٣٣) من قانون الأحوال الشخصية.

٢- لدى التدقيق والدراسة تبين أن حكم المحكمة الابتدائية بالتفريق بين المدعية نائلة المذكورة وبين زوجها المدعى عليه عودة المذكور الداخل عليها بصحيح العقد الشرعي بطلقة واحدة بائنة بينونة صغرى للغيبة والضرر، وأن عليها العدة الشرعية اعتباراً من تاريخه أدناه، إلى آخر ما جاء في القرار المذكور بناء على البينتين الخطية المبرزة والشخصية المقنعة واليمين الشرعية وسنداً إلى المواد المنوه بها في الحكم صحيح موافق للوجه الشرعي فتقرر تصديقه حسب الأصول.

تحريرا في ٨ رجب ١٤٢٥ هـ؛ وفق ٢٠٠٤/٨/١٣ م.

رئيس محكمة الاستئناف الشرعية

سابعاً: مذكرة تبليغ القرار الاستئنافي

مذكرة تبليغ قرار استئنافي صادر عن محكمة

القدس الشرعية في الدعوى أساس ٧١/ ٢٠٠٤

السلطة الوطنية الفلسطينية

ديوان قاضي القضاة / المحاكم الشرعية

محكمة القدس الشرعية

المدعية: نائلة ابراهيم حسن من القدس وسكانها، وكيلها المحامي خليل خالد.

المدعى عليه: عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها سابقاً، وحالياً مجهول محل الإقامة ولا محل إقامة له في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، وآخر محل إقامة له بيت الزوجية في القدس مقابل باب الأسباط.

أبلغكما أن الحكم الصادر في الدعوى أساس ٧١/ ٢٠٠٤ والتي موضوعها طلب التفريق للغيبة والضرر والمتكونة بينكما قد عاد مصدقاً من محكمة الاستئناف الشرعية الموقرة بقرار رقم ١٥٤/ ٢٠٠٤ تاريخ ٢٣/٨/ ٢٠٠٤م، وعليه تم تبليغكما ذلك حسب الأصول.

تحريرا في ٢٠/ ٧١٤٢٥هـ وفق ٥/٩/ ٢٠٠٤م.

توقيع قاضي القدس الشرعي

الفصل الثالث

التفريق بين الزوجين بالإرادة المشتركة في الفقه والقضاء

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الخلع ومشروعيته

المبحث الثاني: الخلع وتدخل سلطة القضاء

المبحث الثالث: فرقة الخلع بين الفسخ والطلاق

المبحث الرابع: الآثار المترتبة على فرقة الخلع فقهاً وقضاء

المبحث الخامس: الخلع في قوانين الأحوال الشخصية

المبحث السادس: إجراءات دعوى الخلع

المبحث الأول
تعريف الخلع ومشروعيته

المطلب الأول
تعريف الخلع وحكمه

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الخلع

في اللغـة: من خَلَعَ: وهو مـزايلة الشيء الذي يشتـمل به، نقـول خلعتُ الثوب أخلعـه خَلْعاً، وخَلَعَ الوالي يخلع خَلْعـاً، وخالَعَتْ المرأة زوجها: افـتدت نفسها منه بشيء تبذله له فهي خالع.

والخَلْعُ: الترك والتجريد والإزالة، فخلع الـرجل ثوبه: أزاله، وفي حديث كعب بن مالك - رضي الله عنه -: (إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة)[1]: أي أتجرد منه وأخرج منه جميـعاً وأتصدق به، وفي الحديث النبوي: «من خلع يداً من طاعة لقي الله لا حـجة له»[2]: مَنْ نزع يداً من طاعتـه. وخلع دابته يخلعـها خلعاً وخلّعها: أطلقها من قيدها

وخلع امرأته وخالعها إذا افتدت منه بمالهـا فطلقها وأبانها من نفسه، وسمي خُلعاً لأن الله سـبحانه جـعل النساء لباسـاً للرجال، والرجال لبـاساً للنساء فـقال تعالى: ﴿... هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ... ﴿١٨٧﴾﴾ [البقرة]، فإذا افتدت المرأة بمال

(١) صحيح البخاري ٤/٢٣٨ حديث رقم (٦٦٩٠).

(٢) صحيح مسلم ٣/١٤٧٨ حديث رقم (١٨٥١).

تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانت منه، فكأن كل واحد مهما خلع عنه لباس صاحبه(١).

في الاصطلاح: للخلع عند العلماء تعريفات مختلفة باختلاف مذاهبهم الفقهية:

١- تعريف الحنفية: (إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه)(٢).

* فقد خرج بقوله: «ملك النكاح» الخلع في النكاح الفاسد، والخلع بعد البينونة أو الردة.
* وخرج بقوله: «المتوقفة على قبولها» ما لو قال لزوجته: خلعتك وهو ينوي الطلاق، فإنه في هذه الحالة يقع بائناً غير مسقط للحقوق.
* وخرج بقوله: «بلفظ الخلع» الطلاق على مال، لأن الطلاق على مال ليس هو الخلع بل هو في حكمه من وقوع البينونة.
* وبقوله: «أو في معناه» دخلت ألفاظ المبارأة والمفارقة والمبايعة.

ويفيد هذا التعريف صحة خلع المطلقة رجعيًا، لكون ملك النكاح ما زال باقيا(٣).

٢- تعريف المالكية: (طلاق بعوض أو بلفظه)(٤).

* فقوله: «طلاق» شمل الطلاق بألفاظه الصريحة والكنائية.
* وقوله: «بعوض» أي مقابل عوض مالي.

---

(١) انظر الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن ص ١٥٥، ابن منظور: لسان العرب ٨/ ٧٦ - ٧٩، الفيومي: المصباح المنير ص ٩٤ - ٩٥، ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر ٢/ ٦١ - ٩٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣/ ٤٣٩ - ٤٤١.

(٣) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٨٨، حاشية ابن عابدين ٣/ ٤٣٩ - ٤٤١، الكيلبولي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٣/ ١٠١-١٠٢.

(٤) الدردير: بلغة السالك لأقرب المسالك ٢/ ٣٣٥-٣٣٦.

* وقوله: أو «بلفظه» أي الخلع وما في معناه.

* وقوله: «الطلاق بعوض» أخرج الطلاق بدون عوض وبلفظ الخلع، وعليه فإن الخلع عند المالكية نوعان:

النوع الأول: الخلع الذي يقع نظير عوض مالي.

النوع الثاني: الخلع الذي يقع بلفظ الخلع، ولكنه بغير نظير مالي.

ولا فرق عند المالكية بين الخلع والطلاق على مال(١)، قال الخرشي: (وهو - الخلع - الطلاق بعوض، وهذا التعريف معترض عليه، لأنه يخرج منه ما كان بلفظ الخلع بغير عوض؛ فإنه خلع أيضاً مع انتفاء العوض فيه)(٢).

٣- **تعريف الشافعية:** (فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع)(٣).

* فقوله: «فرقة» أي بلفظ الطلاق، سواء كان الطلاق بالألفاظ الصريحة أو الكتابية.

* قوله «أو خلع» المراد به لفظه أو ما في معناه، كالمبارأة والمفاداة.

* وقوله: «بعوض» قيد أول، لأن الفرقة إذا خلت من العوض كانت طلاقاً رجعياً.

* وقوله: «لجهة الزوج» قيد ثان، لأن العوض إنما يكون للزوج.

* وقوله: «مقصود» أي ذو منفعة تقصد منه ولو كمنفعة تعليم القرآن، بهذا القيد الأعواض التي لا منفعةَ مقصودةً فيها كالحشرات الضارة مثلاً(٤).

---

(١) انظر حاشية الخرشي ٤/٤١٦ - ٤١٧، حاشية العدوي على حاشية الخرشي ٤/٤١٧، عليش: منح الجليل شرح مختصر خليل ٤/٣، الدردير: بلغة السالك لأقرب المسالك ٣/ ٣٣٥-٣٣٦

(٢) حاشية الخرشي ٤/٤١٧.

(٣) الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/٣٤٧.

(٤) انظر الرملي: نهاية المحتاج ٦/٣٩٣ - ٣٩٥، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/٣٤٧، السيوطي: شرح التنبيه ٢/ ٦٤٠ ـ ٦٤٢.

٤- **تعريف الحنبلية**: (فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة)[١].

* فقوله: «بعوض» أي أن الخلع لا يكون إلا بعوض من الزوجة تقوم بدفعه للزوج، فهم يفرقون بين الخلع والطلاق على مال، وهذا القول رواية عن الإمام أحمد.

* وقوله: «أو غيرها» أي يجوز أخذ بدل الخلع من غير الزوجة كما لو كانت صغيرة أو مجنونة أو سفيهة، لأن الولي لا يملك التصرف بمالهم إلا ما فيه الحظ والنفع، وليس في خلع الصغيرة أو المجنونة على مال يبذل منهما الحظ والنفع، بل فيه إسقاط حقهما، هذا على الرواية المعتمدة في المذهب.

* وقوله: «بألفاظ مخصوصة» أي أن الخلع لا يقع إلا بألفاظ معينة، وهي نوعان:

النوع الأول: الألفاظ الصريحة في الخلع كالمفاداة والخلع والفسخ.

النوع الثاني: الألفاظ الكنائية في الخلع كألفاظ المبارأة والمباينة والمفارقة[٢].

وبالنظر في تعريفات الفقهاء للخلع فأميل إلى اعتماد تعريف الحنفية لأنه جامع مانع بخلاف التعريفات الأخرى.

الفرع الثاني: الحكم التكليفي للخلع

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة إلى أن الأصل في الخلع الكراهة[٣].

ويستدل على كراهة الخلع بما يلي:

١- **قوله ﷺ: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»**[٤].

---

(١) البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٢٤١.

(٢) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٩ - ٤٠، ابن تيمية: المحرر في الفقه ٢/ ٩٧-٩٨ ابن مفلح: المبدع ٦/ ٢٧٠ - ٢٧١، ابن مفلح: الفروع / ٢٦٦-٢٦٧، البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٢٤١ - ٢٤٣.

(٣) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٨٨. حاشية الدسوقي ٣/ ٢١٦. الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٣٤٧. ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٨.

(٤) سبق تخريجه ص ٣٢.

وجه الدلالة: الطلاق غير مستحب رغم جوازه، وحيث إن الخلع نوع من الطلاق فإنه يأخذ حكمه، فما ينطبق على الطلاق ينطبق على الخلع[1].

٢- الدليل العقلي، فالزواج نعمة من نعم الله - سبحانه وتعالى -، والطلاق أو الخلع كفر لها[2].

وبما أن الأصل في الخلع الكراهة، فهو تصرف شرعي، ولكل تصرف شرعي حكم شرعي، فهو بالتالي حكم تكليفي تعتريه الأحكام الخمسة:

فهو بالنسبة إلى الزوجة حرام إذا طلبته بغير سبب، لقوله ﷺ **«أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة»**[3]. وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير الحاجة، لأن فيها إضراراً بها وبزوجها، وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة[4].

وهو مباح إذا كرهت زوجها وخافت ألاَّ تؤدي واجباتها الزوجية فتقع في المعصية، فقد قال تعالى: **﴿...وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...(٢٢٩)﴾** [البقرة] فالنص يعني بطريق الدلالة لا بطريق العبارة، فإن عبارته رفع الجُناح عند المُشاقَّة... فإذا جاز له أخذ ما افتدت به مطلقاً فيما فيه مشاقة منه، فأخذه ذلك فيما لا مشاقة فيه أولى[5].

أما بالنسبة إلى الزوج فالخلع حرام إذا عضل زوجته وأضرَّ بها لتفتدي نفسها[6]، لقوله تعالى: **﴿...وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ...(٢٣١)﴾** [البقرة].

وهو مباح إذا أتت بفاحشة مبينة، لقوله تعالى: **﴿... وَلا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ... (١٩)﴾** [النساء]، والاستثناء من النهي

---

(١) ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٨.

(٢) الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٣٤٧.

(٣) رواه الترمذي: وقال حديث حسن، سنن الترمذي ٢/ ٢٤٢ حديث رقم (١١٨٧).

(٤) ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٨.

(٥) ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٤.

(٦) المصدر ذاته.

إباحة، ولأنها متى زنت لم يأمن أن تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه، فلا تقيم حدود الله في حقه فتدخل في قوله تعالى: ﴿... فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ... (٢٢٩)﴾[1] [البقرة].

وهو مكروه لهما معاً إذا اختلعا والأحوال بينهما لا خلاف فيها والحال بينهما عامرة والأخلاق ملتئمة[2].

وقد يكون الخلع مندوباً عند الحاجة إليه، وذلك كأن يحلف بالطلاق بالثلاث على عدم فعل ما لا بد من فعله، كالأكل والشرب وقضاء الحاجة، فيخلعها ثم يفعل الأمر المحلوف عليه ثم يتزوجها بعقد جديد، فلا يحنث لانحلال اليمين بالفعلة الأولى، ففي هذه الحالة يكون الخلع وسيلة للتخلص من وقوع الطلاق الثلاث.

الفرع الثالث: حكمة مشروعية الخلع

جعل الشارع الحكيم - سبحانه - الطلاق بيد الرجل، يملك إيقاعه حينما يشعر أنه لا يستطيع العيش بسعادة وهناء ومودة مع زوجته، أو حين تقع النفرة بينه وبينها مع استنفاد وسائل العلاج المتنوعة لرأب الصدع وإعادة الوفاق والمودة إلى حياتهما الزوجية، فإذا وصل إلى هذا الحد، أو وقف أمام طريق مسدود، فلا بأس حينئذ من إيقاع الطلاق، لأن أحداً لا يمكنه التحكم في عواطف الناس ومشاعرهم ليرغمهم على ما لا يرغبون ومنه ينفرون، فإن أرغم أحد على العيش مع من لا يحب، فلن يدوم عيشه ما لم تتوفر فيه العاطفة الجياشة والإحساس الصادق والرغبة الحقيقية، وإلاَّ افتقر إلى أجواء المودة والرحمة وافْتُقِدَت منه العشرة الحسنة، مما يفضي إلى ضياع متطلبات بقائه ودوامه[3].

ومقابل ذلك وضع الشارع - سبحانه - الخلع في يد المرأة لتفتدي نفسها منه فتبذل له ما قدم لها من مهر، فهي كالرجل لها مثل ما له من المشاعر والعواطف

(١) ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٩.

(٢) ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٨.

(٣) أبو زهرة: الأحوال الشخصية ص ٣٠١.

فتحس مثل ما يحس، وقد تكون النفرة من المرأة تجاه الرجل، وهذا ما تضمنته قصة ثابت بن قيس، فمع حبه زوجته ورغبته بها، إلا أنها ترفض العيش معه لكرهها وبغضها له، فلما خافت كفران العشير والوقوع في المحظور طلبت من الرسول ﷺ التفريق بينها وبينه[١]، فهي حالة قاهرة لا جدوى من استنكارها بقسر المرأة على العشرة، فلا خيرا في عِشرةٍ هذه المشاعر تسودها، فجاء الخلع حلاً ربانياً يواجه الفطرة البشرية مواجهة صريحة واقعية شافية، ويعامل النفس الإنسانية معاملة المدرك لما يعتمل فيها من أحاسيس وعواطف[٢].

والإسلام حين أعطى المرأة هذا الحق فقد سبق كثيراً من الثقافات والنظم المعاصرة التي تنادي بتحرير المرأة من الظلم والعسف، فالإسلام قبل عقود عديدة وأزمنة مديدة سوّى بين الرجل والمرأة في استقلال الشخصية وكمال الأهلية في التصرفات وإبرام العقود وإنفاذها دون حجر، وعجزت عن ذلك القوانين والنظم الوضعية المعاصرة التي لا زالت تنتقص شخصية المرأة وتميز ضدها.

فالزواج رابطة مقدسة لا تقوم ولا تدوم إلا بالرضا والقبول، وإلاً فالحل إما بالطلاق الذي جعله الله بيد الرجل طريقاً للخروج من أزمة بغضه زوجته، وإما بالخلع الذي جعله الله للمرأة إذا كانت تبغض عشرة زوجها لسبب يخص مشاعرها.

فإذا بلغ الزواج هذا الحد من الكره والبغض وغابت عنها المودة والحب بات من الضروري بل من الخير فصم عراه، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعاً حَكِيماً (١٣٠)﴾ [النساء].

فالخلع بهذا الوصف دليل على مرونة الشريعة الإسلامية وسعتها في التعامل مع المشكلات الحياتية للإنسان[٣].

---

(١) ابن رشد: بداية المجتهد ٢/ ٨١.

(٢) قطب، سيد: في ظلال القرآن ١/ ٢٤٩.

(٣) قطب، سيد: في ظلال القرآن ١/ ٢٤٦ - ٢٤٩.

المطلب الثاني

الأدلة على مشروعية الخلع

ثبتت مشروعية الخلع بالأدلة التالية:

١- قوله تعالى: ﴿...ولا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ... (٢٢٩)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: الآية صريحة في تحريم أخذ الزوج مال الزوجة الذي أعطاها إلا عند الخوف من عدم أداء الحقوق الزوجية، فإذا نشب الشقاق بين الزوجين لسوء خلق الزوجة أو لبغضها زوجها أو سوء خلق الزوج، جاز للرجل أخذ المال من زوجته لتملك عصمتها(١).

٢- قوله تعالى: ﴿....ولا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ...(١٩)﴾ [النساء].

وجه الدلالة: تنص الآية صراحة على عدم جواز مضارة الرجال بزوجاتهم حتى يفتدين منهم، إلاَّ حالة إتيانهن بالفاحشة سواء كان المقصود بها الزنا أو مطلق الفاحشة كالنشوز والعصيان؛ عندها يجوز للرجل مفارقتها مقابل استرجاع ماله الذي أعطاها إياه(٢).

٣- ذكر أهل الحديث روايات كثيرة في مشروعية الخلع، وهي مع تعددها تدور حول امرأة جاءت تشكو إلى النبي ﷺ زوجها، إلا أنها تختلف من حيث زيادة الألفاظ واختلاف اسم الزوجة أو سبب شكواها، وهي:

---

(١) انظر السرخسي: المبسوط ٦/ ١٧١، ابن الهمام: فتح القدير ١٨٨، البغوي: التهذيب ٥/ ٥٥١ - ٥٥٣، السيوطي: شرح التنبيه ٢/ ٦٤٠، القاضي عبد الوهاب: المعونة ١/ ٨٦٩، ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٦، البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٢٤١. الجصاص: الجامع لأحكام القرآن٢/ ٩١. الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن ٢/ ٤٦٦.

(٢) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٦، ابن العربي: أحكام القرآن ١/ ٤٦٧، البابرتي: العناية ٤/ ١٨٨ - ١٨٩.

أ- أتت امرأة ثابت بن قيس النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ! ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال لها: « أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال ﷺ: «**اقبلْ الحديقة وطلقها تطليقة**»[١].

ب- أتت أخت عبد الله بن أبي رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبداً، إني رفعتُ جانب الخباء فرأيته أقبل في عدة، فإذا هو أشدهم سواداً وأقصرهم قامة وأقبحهم وجهاً، قال زوجها: يا رسول الله إني أعطيتها أفضل مالي، حديقة فإن ردت علي حديقتي؟ قال: «ما تقولين؟» قالت: نعم وإن شاء زدته، قال: «ففرق بينهما»، فكان أول خلع في الإسلام[٢].

جـ- كانت حبيبة بنت سهل تحت ثابت بن قيس فضربها فتكسر نغفها[٣]، فأتت رسول الله ﷺ بعد الصبح فاشتكته، فدعا ثابتاً فقال: «خذ بعض مالِها وفارِقْها». فقال: ويصلح ذلك يا رسول الله؟ قال: «نعم»، قال: فإني أصدقتها حديقتين وهما بيدها، فقال ﷺ: «خذها وفارقها» ففعل[٤].

د- كانت جميلة بنت أبيٍّ ابن سلول تحت ثابت بن قيس بن شماس، فنشزت عليه، فأرسل إليها فقالت: والله ما كرهت منه شيئاً إلا دمامته، فقال: «أتردين عليه الحديقة»؟ قالت: نعم، «ففرِّق بينهما»[٥].

هـ- أتت امرأةٌ النبيَّ ﷺ تشكو زوجها، فقال: «أتردين عليه حديقته»؟ قالت: نعم وزيادة، قال: «أما الزيادة فلا»[٦].

و- كانت بنت عبد الله بن أبي ابن سلول عند ثابت بن قيس بن شماس، وكان أصدقها حديقة، فقال ﷺ: «**أتردين عليه حديقته التي أعطاك**»؟ قالت: نعم وزيادة، فقال ﷺ: «**أما الزيادة فلا ولكن حديقته**»، قالت: نعم، فأخذها له وخلى سبيلها، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قد قبلت قضاء رسول الله ﷺ[٧].

---

(١) صحيح البخاري ٣/ ٣٩٣ حديث رقم (٥٢٧٣).

(٢) صحيح البخاري ٣/ ٣٩٣ حديث رقم(٥٢٧٣).

(٣) رواه الحاكم في المستدرك. (٤) النغف: أعلى عظم الكتف، انظر المعجم الوسيط ٩٩٧.

(٥) صحيح الطبراني مجلد ٣/ ١٢٥.

(٦) الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن ٢/ ٤٦٢.

(٧) البيهقي: السنن الكبرى ١١/ ١٧٩ حديث رقم (١٥٢١٣).

ز- كانت حبيبة بنت سهل الأنصارية تحت ثابت بن قيس بن شماس، وخرج ﷺ إلى صلاة الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس، فقال ﷺ: «من هذه»؟ قالت: أنا حبيبة بنت سهل، قال: «ما شأنك»؟ قالت: لا أنا ولا ثابت بن قيس - لزوجها -، فلما جاء ثابت بن قيس قال له ﷺ: «هذه حبيبة بنت سهل»، فذكرت ما شاء الله أن تذكر، وقالت حبيبة: يا رسول الله كل ما أعطاني عندي، فقال ﷺ: «خذ منها»، فأخذ منها وجلست في أهلها[(١)].

ح- اختلعت الربيع بنت معوذ بن عفراء على عهد النبي ﷺ، فأمرها أو أمرت أن تعتد بحيضة[(٢)].

ط- اختلعت الربيع بنت معوذ بن عفراء من زوجها، فجاءت عثمان فسألته: ماذا علي من العدة؟ فقال: لا عدة عليك إلا أن يكون حديث عهد بك، فتمكثين عنده حتى تحيضي عنده حيضة، قالت: وإنما تبع في ذلك قضاء رسول الله ﷺ في مريم المغالية، وكانت تحت ثابت بن قيس فاختلعت منه[(٣)].

وجه الدلالة: الأحاديث صريحة على مشروعية خلع المرأة من زوجها[(٤)].

٤- انعقد الإجماع على مشروعية الخلع، ونقل ذلك عدد من الفقهاء، منهم ابن قدامة[(٥)] والقرطبي[(٦)] والعيني[(٧)] والشعراني[(٨)] والخطيب الشربيني[(٩)]. وخالف

---

(١) سنن الدار قطني ٣/ ١٥٦ رقم (٣٥٨٧).

(٢) سنن أبي داود ٢/ ٢٤٤ حديث رقم (٢٢٢٧).

(٣) سنن الترمذي ٢/ ٢٤١ حديث رقم (١١٨٥).

(٤) سنن ابن ماجه ١/ ٦٦٤ حديث رقم (٢٠٤٨).

(٥) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٠-١٩١، القاضي عبد الوهاب: المعونة٢/ ٨٦٩، البغوي: التهذيب ٥/ ٥٥١، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٣٤٧ ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٦ - ٣٧، البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٢٤١.

(٦) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٧.

(٧) انظر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٩٢.

(٨) انظر العيني: البناية شرح الهداية ٤/ ٢٩٣ - ٢٩٣.

(٩) انظر الميزان الكبرى ٢/ ١١٩.

المزني الإجماع بدعوى نسخ آية المخالعة بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا (٢٠)﴾ [النساء]، ويجاب عن ذلك بما يلي:

١- هذا قول غير صحيح لمعنيين:

الأول: إجماع الجميع من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من المسلمين على تخطئته، وإجازة أخذ الفدية من المفتدية نفسها لزوجها.

الثاني: الآية في سورة النساء إنما تحرم على الزوج أخذ شيء مما آتاها إذا أراد استبدال أخرى بها، وكان على وجه الإكراه لها والإضرار بها حتى تعطيه شيئاً من مالها على فراقها، أما الآية التي في سورة البقرة فإنما دلت على إباحة الله - تعالى- له أخذ الفدية منها إذا خيف على الزوجين ألا يقيما حدود الله؛ بنشوز المرأة وطلبها فراق الرجل مع رغبته بها، فموضوع كل آية مختلف عن موضوع الأخرى، وهو بمعزل من الناسخ والمنسوخ(١).

٢- لا تعارض بين الآيتين ولا نهي فيهما عن الخلع، ولا يقال أن فيهما ناسخاً ومنسوخاً إلا بنص، والأصح الأخذُ بكلتا الآيتين وإعمالُهما باستثناء إحداهما من الأخرى(٢).

---

(١) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٣٤٧.

(٢) الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن ٢/ ٤٧٢ - ٤٧٣.

المبحث الثاني

الخلع وتدخل سلطة القضاء

شرع الله تعالى الخلع بين الزوجين لتفتدي به المرأة نفسها، لكن هل يفتقر هذا العقد إلى حضور القاضي أم أنه يجوز بغيره؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: يجوز الخلع بغير القاضي، وهو قول عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان من الصحابة - رضي الله عنهم - وهو قول شريح والزهري[1]، وبه قال أبو حنيفة[2] ومالك[3] والشافعي[4] وأحمد[5] وإسحاق بن راهويه وابن المنذر[6] وابن حزم[7].

واستدلوا لقولهم بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿... وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ...(٢٢٩)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: المراد من الآية إذن ولي الأمر بتمكين الزوجين من الخلع، إذا خيف عليهما عدم قيامهما بواجباتهما إذا ترافعا إليه، ولا يعني أنه لا بد من الترافع إليه[8].

---

(١) ابن حزم: المحلى ٩/ ٥١٣.

(٢) انظر ابن المنذر: الإشراف على مسائل أهل العلم ١/ ٢٠٢، ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٧.

(٣) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٣، السرخسي: المبسوط ٦/ ١٧٣.

(٤) انظر حاشية الدسوقي ٣/ ٢١٦ - ٢١٧، حاشية الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٤١٧ - ٤١٨.

(٥) انظر الشيرازي: المهذب ٢/ ١٠١.

(٦) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٧.

(٧) انظر ابن المنذر: الإشراف على مسائل أهل العلم ١/ ٢٠٢.

(٨) انظر ابن حزم: المحلى ٩/ ٥١٢.

٢- جاءت الربيع بنت معوذ بن عفراء هي وعمها إلى عبد الله بن عمر، فأخبرته أنها اختلعت من زوجها في زمان عثمان بن عفان، فبلغ ذلك عثمان بن عفان فلم ينكره، وقال عبد الله بن عمر عدتها عدة المطلقة(١).

وجه الدلالة: أن الخلع وقع دون علم عثمان بن عفان به، فلما أتته أقرّه، ولو كان مفتقراً إلى إذن القاضي لأنكره عثمان وابن عمر - رضي الله عنهما-(٢).

٣- واستدلوا عقلاً بأن الخلع عقد معاوضة يعتمد التراضي كسائر العقود فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح، فللزوج ولاية إيقاع الطلاق، وللزوجة ولاية التزام العوض(٣).

٤- واستدلوا بقياس الخلع على الطلاق؛ حيث يوقعه الزوج دون حاجة إلى حاكم(٤).

المذهب الثاني: لا يجوز الخلع إلاّ أمام القاضي بعد بعث الحكمين وفشلهما في الإصلاح، وهو قول الحسن وابن سيرين وسعيد بن جبير(٥). واستدلوا لصحة قولهم بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا (٣٥)﴾ [النساء].

وجه الاستدلال: جعلت الآية الكريمة الخوف لغير الزوجين وهم الولاة، ولو كان لهما لقال: فإن خافا، ويقوّي ذلك قراءة حمزة «إِلاَّ أَن يُخَافَا» بضم أوله على البناء للمجهول(٦).

---

(١) ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٣.

(٢) الإمام مالك: الموطأ ٢/ ٤٥١ باب طلاق المختلعة.

(٣) ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٣.

(٤) السرخسي: المبسوط ٦/ ١٧٣، الشيرازي: المهذب ٣/ ١٠٥.

(٥) ابن حجر: فتح الباري ٩/ ٤٩١.

(٦) ابن حزم: المحلى: ٩/ ٥١٢.

(٧) ابن حجر: فتح الباري ٩/ ٤٩١.

٢- قوله تعالى: ﴿...فإنْ خفتُمْ ألاَّ يُقيما حُدُودَ اللَّهِ فلا جُنَاح عليْهما...(٢٢٩)﴾ [البقرة].

وجه الاستدلال: منطوق الآية الكريمة ينص على أن الخلع مشروط بحوف الأئمة والحكام؛ إذ هُمُ المخاطبون بقوله تعالى: ﴿...فَإِنْ خِفْتُمْ...﴾ [البقرة] وهو فرع الترافع إليهم(١).

والذي أراه أن وقوع الخلع لا يفتقر إلى حضور القاضي، وذلك لما يلي:

١- الاستدلال بقراءة حمزة لقوله تعالى: ﴿... فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا...﴾ بالضم مردود لأنه لا يساعده الإعراب ولا اللفظ ولا المعنى، وهو شاذ مخالف لما عليه الجمع الغفير(٢).

٢- قول الحسن البصري بشرط الخلع أمام السلطان مأخوذ عن زياد عندما كان أميراً على العراق لمعاوية، وقال ابن حجر: (وزياد ليس أهلاً أن يقتدى به)(٣).

٣- عدم صحة الآثار المروية عن الحسن البصري وابن سيرين وسعيد بن جبير(٤).

٤- قوة الأدلة على وقوع الخلع دون حضور السلطان وصحتها، وإجازة المخالعات التي وقعت في عهد الصحابة في غير مجلس السلطان، ولو كان وقوعها في مجلس القاضي

واجباً لأنكر ذلك عثمان وابن عمر - رضي الله عنهم -(٥).

٥- صحة قياس الخلع على الطلاق في وقوعه بغير حضور القاضي(٦).

٦- الخلع عقد الْتزام تستطيع المرأة إبرامه دون حاجة لحضور السلطان أو القاضي(٧).

---

(١) ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٢ - ١٩٣.
(٢) ابن حجر: فتح الباري ٩/ ٤٩١.
(٣) المصدر ذاته.
(٤) ابن حزم: المحلى ٩/ ٥٨٤.
(٥) ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٣.
(٦) انظر السرخسي: المبسوط ٦/ ١٧٣، ابن حجر: فتح الباري ٩/ ٤٩١.
(٧) الشيرازي: المهذب ٢/ ١٠١.

المبحث الثالث

فرقة الخلع بين الفسخ والطلاق

اختلف العلماء في فرقة الخلع أهي فسخ أم طلاق على مذهبين:

المذهب الأول: تقع فرقة الخلع طلاقاً بائناً، وهو قول عثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود وعلي بن أبي طالب وابن عمر من الصحابة، وهو قول الحسن البصري وسعيد بن المسيب وعطاء وشريح والشعبي ومجاهد والزهري والثوري ومكحول والأوزاعي(١)، وهو ما ذهب إليه الحنفية(٢) والمالكية(٣) والشافعي في الجديد(٤) ورواية عن أحمد(٥)، وهو قول الظاهرية(٦).

وعللوا قولهم بأن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه، ولو كان فسخاً لما جاز على غير الصداق إذ الفسخ يوجب استرجاع البدل.

واستدلوا لقولهم بما يلي:

١ - أتت امرأة ثابت بن قيس النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في دين ولا خلق، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال ﷺ: **«أتردين عليه حديقته»؟** قالت: نعم، قال ﷺ: **«اقبَلْ الحديقةَ وطلقها تطليقة»**(٧).

---

(١) انظر المروزي: اختلاف العلماء ص ١٥٩، الطحاوي: مختصر اختلاف العلماء ٣/ ٤٦٥، ابن قدامة: المغني٧/ ٤٠، ابن حزم: المحلى ٩/ ٥١٤ - ٥١٦.

(٢) انظر السرخسي: المبسوط ٦/ ١٧١، العيني: البناية ٥/ ٢٩٣، ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٦ - ١٩٧.

(٣) انظر القاضي عبد الوهاب: المعونة ٢/ ٨٧٠-٨٧١، حاشية الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٤٢٦ - ٤٢٧.

(٤) انظر النووي: روضة الطالبين ٦/ ٣٥٣، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٣٥٤.

(٥) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٤٠، البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٢٤٢-٢٤٦.

(٦) انظر ابن حزم: المحلى ٩/ ٥١٥.

(٧) سبق تخريجه ص ٣٦٨.

وجه الدلالة: أمر رسول الله ﷺ ثابتاً بطلاق زوجته بلفظ الطلاق الصريح مقابل إرجاع الحديقة دليل على اعتباره طلاقاً[1].

٢- كانت أم بكر الأسلمية تحت عبد الله بن أسيد فاختلعت منه ثم ندمت وندم، فجاء عثمان فأخبره، فقال هي تطليقة إلا أن تكون سميت شيئاً فهو على ما سميت، فراجعها[2].

وجه الدلالة: ينص الأثر على أن الخلع طلاق ما لم يسمِّ الزوج شيئاً آخر[3].

٣- كانت امرأة تحت ثابت بن قيس بن شماس، وكان أصدقها حديقة، وكان غيوراً فضربها فكسر يدها، فجاءت النبي ﷺ فاشتكت إليه فقالت: أنا أرد إليه حديقته، قال: «**أوَ تفعلين**»؟ قالت: نعم، فدعا زوجها فقال: «**إنها ترد عليك حديقتك**»، قال: أوَ ذلك لي؟ قال: «**نعم**»، قال: فقد قبلت يا رسول الله، فقال ﷺ: «**اذهبا فهي واحدة**»، ثم نكحت بعده رفاعة العائذي فضربها، فجاءت عثمان فقالت: أنا أرد إليه صداقه، فدعاه عثمان فقبل، فقال عثمان اذهبي هي واحدة[4].

وجه الدلالة: ينص هذا الحديث المرسل على أن الخلع طلاق.

ومراسيل سعيد بن المسيب لها حكم الوصل الصحيح لأنه من كبار التابعين، وكبار التابعين قلَّ أن يرسلوا عن رسول الله ﷺ إلا عن صحابي، فإن أرسلوا عن غيره - وهذا نادر - فعن ثقة[5].

٤- الخلع فرقة بعد تمام النكاح، والأصل فيه كونها طلاقاً لأنه هو المعهود، والحمل على ما عهد واجبٌ حتى يدل على خلافه دليل، ولم يثبت دليلٌ على عكسِ ذلك[6].

---

(١) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٢، البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٢٤٩.

(٢) عبد الرزاق: المصنف ٦/ ٣٧٠ أثر رقم (١١٨٠٤).

(٣) ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩١.

(٤) عبد الرزاق: المصنف ٦/ ٣٦٩ أثر رقم (١١٨٠١).

(٥) ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٢.

(٦) المصدر ذاته.

٥- أن الزوجة بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ، فوجب أن يكون طلاقاً، ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها فكان طلاقاً[١].

المذهب الثاني: فرقةُ الخلع فسخٌ، وهو قول ابن عباس وابن عمر وطاووس وأبو ثور[٢]، وهو أحد قولي الشافعي[٣] والرواية المعتمدة عند الحنبلية[٤].
واستدلوا بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (٢٢٩) فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ (٢٣٠)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: ذكرت لآية أن الطلاق مرتان، ثم ذكرت بعد ذلك افتداء الزوجة نفسها من زوجها لقاء مال تدفعه له، ثم ذكرت بعد ذلك عدم جواز نكاحها حتى تنكح زوجا آخر. ولو كان الخلع طلاقاً لكان الذي تترتب عليه الحرمة حتى تنكح زوجاً غيره الطلقة الرابعة وليست ثالثة، وهذا صريح في أن الخلع فسخ وليس طلاقاً[٥].

٢- بما روي عن الربيع بنت معوذ بن عفراء أنها اختلعت على عهد النبي ﷺ «فأمرها أو أمرت أن تعتد بحيضة»[٦].

وجه الدلالة: أن المختلعة تعتد بحيضة واحدة، والعدة إنما جعلت ثلاث حيض ليطول زمن الرجعة ويتروّى الزوج ويتمكن من الرجعة في مدة العدة، فإذا

---

(١) ابن قدامة: المغني ٧/ ٤٠.
(٢) انظر ابن المنذر: الإشراف على مسائل أهل العلم ١/ ١٩٦، ابن حزم: المحلى ٩/ ٥١٥.
(٣) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٣٥٤، النووي: روضة الطالبين ٦/ ٣٥٣.
(٤) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٤٠، البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٢٤٦.
(٥) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٤٠، ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٥٣ ـ ٥٤.
(٦) سنن الترمذي ٢/ ٢٤١ حديث رقم (١١٨٥).

لم تكن عليها رجعة فالمقصود مجرد براءة رحمها من الحمل وتكفي فيه حيضة واحدة، وهذا دليل على أن الخلع فسخ وليس طلاقاً[1].

٣- باختلاف الأحكام المترتبة على الطلاق عن الأحكام المترتبة على الخلع، وهذا يدل على أنه ليس طلاقاً. فالأحكام التي تترتَّب على الطلاق بعد الدخول الذي لم يستوف عدده ثلاثة:

الأول: أن الزوج أحق بالرجعة فيه.

الثاني: أنه محسوب من الثلاث، فلا تحل بعد استيفاء العدد إلا بعد زوج وإصابة.

الثالث: أن العدة فيه ثلاثة قروء.

وقد ثبت بالنص والإجماع أنه لا رجعة في الخلع، وثبت بالسنة وأقوال الصحابة أن العدة فيه حيضة واحدة، وثبت بالنص جوازه بعد طلقتين ووقوع ثالثة بعده، وهذا دليل على أنه ليس طلاقاً[2].

٤- قياس الخلع في الزواج على الإقالة في عقد البيع[3].

مناقشة الأدلة

لم تسلم أدلة الفريقين من انتقادات، فقد نوقشت أدلة القائلين بأن الخلع فسخ بما يلي:

١- الاستدلال بقوله تعالى: **﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (٢٢٩) فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ (٢٣٠)﴾**

---

(١) ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٥٣.

(٢) المصدر ذاته ٤/ ٥٤.

(٣) انظر ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٥٥، ابن مفلح: المبدع شرح المقنع ٦/ ٢٧٤.

[البقرة]، وبأن الفداء لو كان طلاقاً لترتب على ذلك أن الطلاق أربع مرات، وهذا صريح في أن الخلع طلاق، فقد أجيب عنه: بأن النص ليس صريحاً فيما ذهبوا إليه، ولا يدل على أن الافتداء فيه فرقة على الطلقتين. لكن ظاهره يفيد أن الطلاق مرتان، وأن التطليق فيهما لا يصح أن يكون نظيرَ عوضٍ يأخذه الزوج من زوجته إلاّ إذا خيف من الزوجين ألاّ يقيما حدود الله، فالآية بذلك دلت على أن الطلاق يجب أن يكون خالياً من العوض إلاّ في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله عز وجل.

ويستنتج من النظر في الآية أنها نصت على عدد الطلقات التي يملك الزوج إيقاعها بإرادته المنفردة، ونصت على حكمٍ آخر هو جواز دفعها البدل تخلصاً من قيد النكاح وافتداء نفسها بالخلع[1].

٢- الاستدلال بالحديث المتعلق بقصة الربيِّع بنت معوِّذ وأن الرسول أمرها أن تعتد بحيضة واحدة فقد أجيب عنه من وجهين:

الأول: اعتداد المختلعة بحيضة واحدة لا يمنع كون الخلع طلاقاً وإن دلت عليه الروايات الصحيحة، بل يجوز أن يكون طلاقاً وعدته حيضة واحدة لا ثلاث حيضات، ذلك أن أمرَ العدة وتقديرَها إلى الشارع الحكيم، فله أن يجعل العدة ثلاث حيض في بعض أنواع الطلاق، أو حيضة واحدة في بعضها الآخر، ويمكن أن تكون الآثارُ الواردةُ بأن عدة المختلعة حيضةٌ واحدةٌ مخصِّصَةً لعموم قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ ...(٢٢٨)﴾ [البقرة].

فلا حجة لهم في حديث الربيِّع حين اختلعت، فلم يصرح بأن هذه الفرقة ليست طلاقاً، وإنما ذكر أحكامها[2].

الثاني: أن الإمام مالكاً روى عن نافع: أن الربيِّع بنت معوِّذ بن عفراء جاءت هي وعمها إلى عبد الله بن عمر، فأخبرته أنها اختلعت من زوجها في زمان عثمان

---

(١) انظرابن الهمام: فتح القدير٤/ ١٩٠، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٣/ ٣٥٢. الرملي: نهاية المحتاج ٦/ ٣٩٨.

(٢) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩١، القنوجي: الروضة الندية ١/ ٤٥٢ - ٤٥٣، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٩٤-٩٥، الشوكاني: نيل الأوطار ٦/ ٧٧٥.

بن عفان، فبلغ ذلك عثمان بن عفان فلم ينكره، وقال عبد الله بن عمر عدتها عدة المطلقة(١).

٣- قول ابن القيم باختلاف الأحكام المترتبة على الطلاق عن الأحكام المترتبة على الخلع يجاب عنها بما يلي:

الحكم الأول: بأن الزوج أحق بالرجعة في الطلاق ما دامت الزوجة في العدة؛ وأنه لا يملكها بالخلع وأن هذا ثابت بالنص والإجماع، فقد أجيب عنه بأن دعوى الإجماع مردودة فقد خالف في ذلك ابن حزم فقال: (إن شاء أن يراجعها فليردُدْ عليها ما أخذ منها في العدة وليشهد على رجعتها... وما وجدنا قط في دين الإسلام عن الله تعالى ولا عن رسوله ﷺ طلاقاً بائناً لا رجعة فيه إلا الثلاث مجموعة أو مفرقة والتي لم يطأها ولا مزيد، أما عدا ذلك فآراء لا حجة فيها)(٢).

الحكم الثاني: أن الطلاق ينقص عدد الطلقات والخلع لا ينقصها دليل على أن الخلع فسخ وليس طلاقاً، فقد أجيب عنه بأن هذه النتيجة غير مسلم بها لأن الفقهاء قالوا: إن الخلع طلاق وليس فسخاً(٣).

الحكم الثالث: أن عدة المطلقة ثلاث حيض أما المختلعة فواحدة؛ وأن هذا دليل على أن الخلع غير الطلاق، فقد أجيب عنه بأنه لا يلزم من الاعتداد بحيضة واحدة في الخلع أن لا يكون طلاقًا، لأن للشارع ولاية الإيجاد والإعدام ولا يلزم من عدم العدة كونه فسخاً(٤).

٤- الاستدلال بقياس الخلع في الزواج على الإقالة في البيع، أجيب عنه بأنه قياس مع الفارق، ولو كان صحيحاً لما جاز الخلع إلا بالمهر الذي تزوجها عليه، وحيث إن الخلع يجوز على أقل من المهر وأكثر منه فهو ليس كالإقالة، وبالتالي ليس فسخاً(٥).

---

(١) الإمام مالك: الموطأ ٢/ ٤٥١. (٢) ابن حزم: المحلى ٩/٥١٨ ـ ٥١٩.

(٣) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٠ـ ١٩١، النووي: روضة الطالبين ٦/ ٣٥٣. القاضي عبد الوهاب: المعونة ٢/ ٨٧٠ ـ ٨٧١، البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٢٤٢.

(٤) ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩١.

(٥) انظر ابن الهمام: فتح القدير ١/ ١٨٩، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٣٥٣. الجصاص: أحكام القرآن ١/ ٥٣٥ ـ ٥٣٦.

ونوقشت أدلة القائلين بأن الخلع طلاق بما يلي:

١- الاستدلال بقـوله ﷺ لثابت بن قيس: «اقبـل الحديقة وطلقها تـطليقة» أجيب عنه بأنه لا خلاف في هذه الرواية لورودها بلفظ الطلاق، والعلمـاء متفقون على أنه إذا صـرح بلفظ الطلاق في الخـلع كـان طلاقـاً، وكـذلك إذا نوى به الطلاق[١].

٢- الاستدلال بقول عثمان لأم بكر الأسلمية التي اختلعت من زوجها: هي تطليقـة إلا أن تكونَ سميتَ شيـئاً آخر فهو على مـا سميتَ؛ فقـد أجيب عنه من وجهين:

الأول: لم يصح هذا القـول عن عثمـان - رضي الله عنه -؛ فقـد ضعَّـفه أحمـد بن حنبل[٢]. الثـاني: ثبت أن عثـمان لم يـجعل للخلع عـدة، وإنما يرى الاستبراء بحيضة واحدة فقط، ولو كان عنده طلاقاً لأوجب فيه العدة[٣].

٢- الاستدلال بأن الخلع فرقـة بعد النكاح والأصل حملها على الطلاق لأنه هو المعهود بعـد الزواج يجاب عنه بأن من نظر إلى حقائق العقـود ومقاصدها دون ألفاظـها يعدُّ الخـلع فسخـاً بأي لفظ كان حـتى بلفظ الطلاق. . . وقـواعد الفـقه وأصوله تشهد أن المرعي في العقود حقائقها ومعانيها لا صورها وألفاظها[٤].

٤- الاستدلال بأن الفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ، أجيب عنه من وجهين:

الأول: أن النبي ﷺ أمرَ ثابتَ بن قـيس أن يطلق امرأته في الخلع تطليـقة، وأمرها أن تعتد بحيضة، وهذا صريح في أنه فسخ ولو وقع بلفظ الطلاق.

الثاني: أن الله تعالى علَّقَ عليه أحكام الفدية بكونه فدية، ومعلوم أن الفدية لا تختص بلـفظ لأنه سبحـانه لم يعين لها لفظاً، وطلاق الفـداء طلاق مقـيد ولا

---

(١) انظر البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٢٤٦، ابن حجر: فتح الباري ٩/ ٤٩٦.

(٢) البيهقي: السنن الكبرى ١١/ ١٨٥.

(٣) ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٥٤-٥٥.

(٤) ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٥٤-٥٥.

يدخل تحته أحكام الطلاق المطلق، ولا يثبت فيه حق الرجعة أو الاعتداد بثلاثة قروء[(١)].

وأرى أن الخلع طلاق، لما يلي:

١- قوة الأدلة وصحة الاستدلال وقوة المناقشات التي وردت على أدلة الخصوم.

٢- أن قوله تعالى: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (٢٢٩) فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ (٢٣٠)﴾ [البقرة] يفيد أن الطلاق نوعان:

الأول: الطلاق الذي يقدم عليه الزوج باختياره وإرادته المنفردة بغير عوض ولا موافقة الزوجة، وبه يُلْزِمُ الزوج المطلِّقُ نفسَه تبعات هذا الطلاق.

الثاني: الطلاق الذي يخرج عن سلطة الانفراد، ويقدم عليه الزوجان باتفاقهما وإرادتهما المشتركة. ويختلف هذا النوع عن النوع الأول بما يلي:

أ- أنه يكون في ظروف خاصة؛ كالخوف من سوء العشرة وعدم إقامة حدود الله من الحقوق والالتزامات المترتبة على الزواج.

ب- أن الزوجة تفتدي نفسها من زوجها بتنازلها عن صداقها الذي أصدقها على أن يطلقها.

٣- جميع الروايات الواردة في السنة النبوية في الخلع تخاطب الزوج، كقوله ﷺ: طلِّقها، فارقها، خلِّ سبيلها، والزوج يملك إيقاع الطلاق ولا يملك الفسخ.

---

(١) المصدر ذاته.

٤- الفسخ هو الذي يقتضي الفرقة فيما لا يرجع إلى اختيار الزوج، كما لو تزوج امرأة تبين أنها أخته من الرضاعة، فيفرَّقُ بينهما بفسخ عقد زواجهما، ويقع بغير اختيار أو رغبة من الزوجين أو أحدهما، أما الخلع فيرجع إلى اختياره سواء باتفاق الطرفين أو باختيار الزوج أو الزوجة، ويختلف عن الفسخ الذي يقع بغير اختيار الزوجين، فالخلع طلاق وليس فسخاً.

٥- الخلع فرقة تدفع فيها الزوجة العوض للزوج لتملك عصمتها وتبين من زوجها، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق فقط سواء بالألفاظ الصريحة والكنائية، وهذا دليل على أن خلع ثابت بن قيس لزوجته كان طلاقاً بأمر الشارع.

المبحث الرابع

الآثار المترتبة على فرقة الخلع فقهاً وقضاء

المطلب الأول

عدة المختلعة

الخلع فرقة ينحل بها عقد الزواج، ومن أحكامها العدة، فهل تعتد المختلعة ثلاثة قروء أم حيضة واحدة؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: عدة المختلعة كعدة المطلقة ثلاثة قروء، وهو قول الحنفية(١) والمالكية(٢) والشافعية(٣) ورواية عن أحمد(٤)، وإليه ذهب ابن حزم الظاهري(٥).

واستدل أصحاب هذا المذهب لصحة قولهم بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ ...(٢٢٨)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: تنص الآية على أن عدة المطلقات ثلاثة قروء، والخلع طلاق فتدخل المختلعة في عموم الآية الكريمة، وهو دليل على أن عدة المختلعة كعدة المطلقة(٦).

٢- ما روي عن ابن عمر أنه قال: (عدة المختلعة عدة المطلقة)(٧).

---

(١) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩١.

(٢) انظر القاضي عبد الوهاب: المعونة ٩/ ٩١١، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٩٦.

(٣) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٣٥٠، القتومي: الروضة الندية ٢/ ٤٥٠ ـ ٤٥١.

(٤) انظر ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٥٤، ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٠٠.

(٥) انظر ابن حزم: المحلى ٩/ ٥١٧.

(٦) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩١، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٩٦.

(٧) سنن أبي داود ٢/ ٢٤٥ رقم (٢٢٣٠).

وجه الدلالة: نص الأثر صريح في أن عدة المختلعة هي نفس عدة المطلقة، إذ لا فارق بينهما[1].

٣- ما ورد أن سعيداً بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب كانوا يقولون: عدة المختلعة مثل عدة المطلقة؛ ثلاثة قروء[2].

وجه الدلالة: جعل التابعون عدة المختلعة ثلاثة قروء كعدة المطلقة[3].

المذهب الثاني: عدة المختلعة حيضة واحدة، وهو قول عثمان وابن عمر وابن عباس[4]، وهو المعتمد عند الحنبلية[5] وابن تيمية وابن القيم[6].

واستدل أصحاب هذا المذهب بما يلي:

١- ما ورد أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه «فجعل النبي ﷺ عدتها حيضة»[7].

وجه الدلالة: جعل ﷺ عدة المختلعة حيضة واحدة وسمَّاها عدة[8].

٢- ما روي أن الربيِّع بنت معوِّذ اختلعت على عهد النبي ﷺ «فأمرها النبي ﷺ أو أمرت أن تعتد بحيضة»[9].

وجه الدلالة: أمر الرسول ﷺ الربيِّع أن تعتد بحيضة واحدة لما اختلعت من زوجها[10].

٣- لا رجعة للزوج على المختلعة، فاعتدادها بحيضة واحدة هو مقتضى قواعد الشريعة، لأن العدة إنما جعلت ثلاث حيضٍ ليطول زمن الرجعة فيتروّى

(١) ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩١.
(٢) الإمام مالك: الموطأ ٢/ ٤٥١.
(٣) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩١، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٩٦.
(٤) انظر ابن حزم: المحلى ٩/ ٥١٥، ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٠ - ١٩١.
(٥) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٠٠.
(٦) انظر ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٥٤ - ٥٥.
(٧) سنن أبي داود ٢/ ٢٤٥ حديث رقم (٢٢٢٩).
(٨) ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩١، ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٠٠.
(٩) سنن الترمذي: ٢/ ٢٤١ حديث رقم (١١٨٥).
(١٠) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩١، ابن قدامة المغني ٧/ ٣٠٠.

الزوج ويتمكن من الرجعة في مدة العدة، فإذا لم تكن رجعة فالمقصود براءة الرحم من الحمل فقط، ويكفي فيه حيضة كالاستبراء، وهو دليل على أن عدة المختلعة حيضة واحدة فقط(١).

مناقشة الأدلة

نوقشت أدلة القائلين بأن عدة المختلعة حيضة واحدة بما يلي:

١- حديث ابن عباس أن النبي ﷺ جعل عدة امرأة ثابت بن قيس لما اختلعت منه حيضة وسمّاها عدةً حديثٌ غريبٌ عند الترمذي(٢) ومرسل عند أبي داود(٣)، ويرى القرطبي أنه مضطرب من جهة الإسناد والمتن، فسقط الاحتجاج به في أن الخلع فسخ وأن عدة المطلقة حيضة؛ وبقي قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ ...﴿٢٢٨﴾﴾ [البقرة] في كل مطلقة مدخول بها(٤).

٢- حديث الربيع بنت معوذ الذي أخرجه الترمذي أن رسول الله ﷺ جعل عدتها حيضة واحدة، أجيب عنه بأنه يعارض قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ ...﴿٢٢٨﴾﴾ [البقرة]، فالآية جعلت عدة المطلقة بعد الدخول ثلاثة قروء سواء كان طلاقاً أو خلعاً أو لعاناً أو فسخاً، وهو قول أكثر أهل العلم(٥).

٣- أما الاستدلال بأن عدة المختلعة حيضة واحدة لأنه لا رجعة للزوج على زوجته، ولأن الغاية من العدة في الخلع براءة الرحم التي يمكن أن تتم بحيضة واحدة، فقد أجيب عنه بأن الحكمة من أن العدة ثلاث حيضات ليست محصورة في تطويل زمن الرجعة، بل الغرض منها الاحتياط بعدم وجود الحمل بتكرار الحيض ثلاث مرات، وهذا التكرار أبلغ في التأكيد على عدم وجود حمل، ويؤكد ذلك أن الطلقة الثالثة لا رجعة فيها بالإجماع، ومع ذلك فالعدة فيها ثلاثة قروء، وهذا يدل على بطلان احتجاجهم(٦).

---

(١) ابن القيم: زاد المعاد ٣/ ٥٣.

(٢) سنن الترمذي٢/ ٢٤١.

(٣) سنن أبي داود ٢/ ٢٤٥.

(٤) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٩٦.

(٥) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٩٦.

(٦) ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٥٣.

أما أدلة القائلين أن عدة المختلعة ثلاثة قروء فقد نوقشت بما يلي:

١- الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ ...﴿٢٢٨﴾﴾ [البقرة] على أن عدة المختلعة ثلاثة قروء لأن الخلع طلاق أجيب عنه: بأنه لا يجب على المختلعة أن تعتد ثلاث حيضات، بل تكفيها حيضة واحدة بنص السنة النبوية، وهو مذهب كبار الصحابة كعثمان وابن عمر والربيِّع بنتِ معوذ وعمها، ولا يعلم لهم مخالف[1].

٢- الأثر الذي ورد عن ابن عمر: أن عدة المختلعة هي عدة المطلقة، فقد أجيب عنه بأنه روي وبإسناد صحيح أن عبيد الله بن عمر - رضي الله عنه - رجع عن هذا القول إلى فتوى عثمان بن عفان - رضي الله عنه - وقال: (فعثمانُ خيرُنا وأعلمُنا)[2].

٣- ما رواه مالك أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب كانوا يقولون: عدة المختلعة مثل عدة المطلقة، فقد أجيب عنه بأن هؤلاء التابعين خالفوا الصحابة في قولهم، حيث ثبت أن عثمان بن عفان وعبد الله بن عمر كانوا يقولون: إن عدة المختلعة حيضة واحدة، وقول الصحابة مقدم على التابعين[3].

وفي رأيي أن عدة المختلعة ثلاثة قروء لما يلي:

١- أن هذا قول الغالبية الكثيرة من الصحابة - رضي الله عنهم -.

٢- ضعف الأحاديث التي استند إليها الفريق الآخر؛ وعدم صحة الاستدلال ببعضها.

٣- ما قاله عثمان بن عفان وابن عباس - رضي الله عنهم - بأن عدة المختلعة حيضة واحدة، يعارض ما قاله غيرهم من الصحابة مثل عمر ابن الخطاب وعلي بن أبي طالب - رضي الله عنهم - حيث إنهما قالا: عدة المختلعة ثلاث حيضات، وقولهما أولى بالاتباع[4].

---

(١) المصدر ذاته. (٢) المصدر ذاته.

(٣) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩١ ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٥٣ ـ ٥٤.

(٤) ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٠٠.

٤- أما قول ابن عمر: أن عدة المختلعة حيضة واحدة فغير ثابت، بل الثابت أنه قال: إن عدة المختلعة هي عدة المطلقة، وهو القول الأصح من أقواله[1].

٥- فصَّل الشارع الحكيم موضوع العدد بشكل واضح لا لبس فيه ولا غموض، ولو كانت عدة المختلعة حيضة واحدة لذكر ذلك بكل وضوح كما ذكر غيرها من العدد.

المطلب الثاني
الرجعة في الخلع

الفرع الأول: حكم الرجعة في الخلع

من الثابت أن فرقة الخلع ترتب عدة على المختلعة، فهل يملك الزوج رجعة المختلعة إلى عصمته وعقد نكاحه؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: لا تثبت الرجعة للزوج المخالع على زوجته سواء كان الخلع فسخاً أو طلاقاً، وهو قول الحسن البصري وعطاء وطاووس والنخعي والأوزاعي وإسحاق[2]، وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[3] والمالكية[4] والشافعية[5].

واستدل أصحاب هذا المذهب بقوله تعالى: ﴿... **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...** (٢٢٩)﴾ [البقرة].

---

(١) ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٠٠.

(٢) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٤١ ـ ٤٢.

(٣) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٣.

(٤) انظر القاضي عبد الوهاب: المعونة ٢/ ٨٧١.

(٥) النووي: روضة الطالبين ٦/ ٣٥٢.

وجه الدلالة: إنما يكون الفداء إذا خرجت به الزوجة عن قبضته وسلطانه، وإذا كانت الرجعة له فهي في هذه الحالة تكون تحت حكمه، ولما كان القصد من الخلع إزالة الضرر عن المرأة، فإن في جواز إرجاعها لزوجها خلال العدة ارتجاع الضرر عليها، والمطلوب رفع الضرر عنها، ولو كان الطلاق الواقع في الخلع رجعياً لم يحصل للمرأة الافتداء من الزوج بما بذلته له من مالها(١).

المذهب الثاني: يملك الزوج إرجاع الزوجة إلى عصمته وعقد نكاحه في أثناء عدتها، وعليه في هذه الحالة أن يرد العوض الذي أخذه منها كاملاً، وهو قول ابن حزم(٢) لأن الخلع عنده يقع رجعياً، وإليه ذهب الزهري وسعيد بن المسيب(٣).

استدل ابن حزم على مذهبه بقوله تعالى: ﴿... وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ.. (٢٢٨)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: الآية صريحة في تمليك الزوج حق الرجعة، ولم يرد في القرآن أو السنة طلاق بائن لا رجعة فيه إلا الطلاق الثلاث أو قبل الدخول، وما عداهما آراء لا حجة فيها(٤).

والذي أراه أن الزوج لا يملك إرجاع زوجته المختلعة، ذلك أن الخلع فرقة بائنة، والحكمة فيها أن تملك المرأة عصمتها من زوجها الذي لا ترغب بالعيش معه، وفي إرجاعها إليه إبطال فائدة الخلع وإعادة الضرر عليها.

الفرع الثاني: حكم اشتراط الرجعة في الخلع

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط الرجعة في الخلع على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يصح الشرط ويقع الطلاق رجعيًا، وهو رواية عند المالكية قالها سحنون.

---

(١) ابن قدامة: المغني ٧/ ٤٢، ابن القيم: زاد المعاد ٤/ ٥١.

(٢) انظر ابن حزم: المحلى ٩/ ٥١٨.

(٣) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٤٢، ابن حزم: المحلى ٩/ ٥١٨.

(٤) ابن حزم: المحلى ٩/ ٥١٨ ـ ٥١٩.

واستدل سحنون على قوله بأنهما اتفقا على أن يكون العوض مقابل ما يسقط من عدد الطلاق دون زوال العصمة، لأنها لما أجابته إلى ذلك دل على أنها عاوضته على هذا[1].

المذهب الثاني: يبطل الخلع ويقع الطلاق رجعياً بلا بدل، وهو قول الشافعية[2] ورواية عند الحنبلية[3].

واستدل أصحاب هذا المذهب بأن شرط الرجعة والمال متنافيان فيسقطان ويبقى مجرد الطلاق، فتثبت الرجعة بالأصل لا بالشرط، ولأنه شَرَطَ في العقد ما ينافي مقتضاه فأبطله كما لو شرط أن لا يتصرف في المبيع[4].

المذهب الثالث: يبطل الشرط ويقع الطلاق بائناً ويجب العوض، وهو قول الحنفية[5] والقول المعتمد عند المالكية[6] والحنبلية[7].

ووجه قولهم: أن الخلع صحيح لا يفسد بالشرط الفاسد كما لا يفسد الخلع بالعوض الفاسد. أما عدم صحة الشرط فلأنه ينافي المقصود من الخلع ولأنه طلاق بعوض، فوجب أن تنتفي معه الرجعة إذا طلَّق، ولأنه شَرَطَ في العقد ما يمنع المقصود منه، فلم يثبت كما لو شرطت في النكاح أن لا يطأها[8].

وأرى أن الخلع صحيح والشرط باطل، لأنه ينافي مقتضى العقد.

---

(١) انظر القاضي عبد الوهاب: المعونة ٢/ ٨٧١، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٩٧.
(٢) انظر الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٣٥٨.
(٣) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٤٢.
(٤) انظر الخطب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٣٥٨، ابن قدامة: المغني ٧/ ٤٢.
(٥) انظر ابن نجيم: البحر الرائق ٤/ ١٣١.
(٦) انظر القاضي عبد الوهاب: المعونة ٢/ ٨٧١.
(٧) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٤٢.
(٨) القاضي عبد الوهاب: المعونة ٢/ ٨٧١.

المطلب الثالث

مقدار العوض في الخلع

اختلف الفقهاء في مقدار العوض في الخلع على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: لا حد للعوض في الخلع، فيجوز أن يزيد أو يقلّ عما أعطاها، وهو قول عمر وعثمان وابن عباس وابن عمر ومجاهد وعكرمة والنخعي(١)، وقول الحنفية(٢) والمالكية(٣)والشافعية(٤) والحنبلية(٥) والظاهرية(٦).

واستدل أصحاب هذا المذهب لصحة قولهم بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿...فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ...(٢٢٩)﴾ [البقرة].

وجه الدلالة: نص الآية عام في جواز المخالعة على الصداق أو أقل أو أكثر(٧).

٢- روي أن الربيِّع بنت معوِّذ بن عفراء قالت: كان لي زوج يُقِلُّ الخير عليَّ إذا حضر ويحرمني إذا غاب، فكانت مني زلة يوماً فقلت لهُ: أختلِعُ منكَ بكل شيء أملكه، فقال: نعم، ففعلتُ، فخاصم عمي معاذ بن عفراء إلى عثمان، فأجاز الخلع وأمره بأخذ عقاص رأسي فما دونه(٨).

وجه الدلالة: أن عثمان - رضي الله عنه - أباح أخذ الزيادة على المهر(٩).

---

(١) انظر ابن حزم: المحلى ٩/ ٥٢٠، ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٧ ـ ٣٨، ابن المنذر: الإشراف على مسائل أهل العلم١/ ١٩٥.

(٢) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٣ ـ ١٩٤، البابرتي العناية ٤/ ١٩٤.

(٣) انظر القاضي عبد الوهاب: المعونة ٢/ ٨٦٩ ـ ٨٧٠.

(٤) انظر الشافعي: الأم ٥/ ٢٩٠، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٣٥١.

(٥) انظر ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٧، ابن القيم: زاد المعاد ٣/ ٥١ ـ ٥٢.

(٦) انظر ابن حزم: المحلى ٩/ ٥٢٠-٥٢١.

(٧) القاضي عبد الوهاب: المعونة ٢/ ٨٦٩ ـ ٨٧٠.

(٨) عبد الرزاق: المصنف ٦/ ٣٨٥ رقم (١١٨٩٤)

(٩) انظر ابن حزم: المحلى ٩/ ٥٢٠، ابن القيم: زاد المعاد ٣/ ٥٢.

٣- روي أن عمر بن الخطاب أخذ امرأة ناشزاً فوعظها فلم تقبل بخير، فحبسها في بيت كثير الزبل ثلاثة أيام ثم أخرجها، فقال: كيف رأيت؟ فقالت: يا أمير المؤمنين؛ لا والله ما وجدتُ راحة إلا هذه الثلاث، فقال عمر: اخْلَعْها ويحك من قرطها[١].

وجه الدلالة: أن عمر أجاز أخذ كل شيء حتى القرط[٢].

٤- ما روي أن مولاة لابن عمر اختلعت من كل شيء إلاَّ من درعها، فلم يَعِبْ عليها[٣].

وجه الدلالة: أجاز ابن عمر الخلع بكل شيء، زاد على المهر أو نقص عنه[٤].

المذهب الثاني: لا يجوز للزوج أن يأخذ أكثر مما أعطاها، فإن خالعها على أن يأخذ أكثر مما أعطاها وقع الخلع بقدر ما أعطاها وبطل فيما زاد على ذلك، وهو قول عطاء وطاوس والزهري والحسن البصري وأبو بكر من الحنبلية والأوزاعي والشعبي[٥].

واستدل أصحاب هذا المذهب بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿**وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا** ﴿٢٠﴾﴾ [النساء].

وجه الدلالة: الآية صريحة في نهي الرجل عن الأخذ من مهر الزوجة[٦].

٢- ما روي أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله ابن أبي بن سلول، وكان أصدقها حديقة فكرهته، فقال ﷺ: «**أتردين عليه حديقته التي**

(١) عبد الرزاق: المصنف ٦/ ٣٨٥ رقم (١١٨٩٥).

(٢) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٥، ابن القيم: زاد المعاد ٣/ ٥٢.

(٣) عبد الرزاق: المصنف ٦/ ٣٨٥ رقم (١١٨٩٦).

(٤) ابن حزم: المحلى ٩/ ٥٢٠.

(٥) انظر ابن المنذر: الإشراف على مسائل أهل العلم٢/ ١٩٥، ابن حزم: المحلى٩/ ٥١٩-٥٢٠. ابن قدامة: المغني٧/ ٣٧.

(٦) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٤، ابن المنذر: الإشراف على مسائل أهل العم ١/ ١٩٥.

أعطاك»؟ قالت: نعم وزيادة، فقال ﷺ: «أما الزيادة فلا ولكن حديقته»، فقالت: نعم، «فأخذها له وخلّى سبيلها»، فلما بلغ ذلك ثابتَ بن قيس بن شماس - رضي الله عنه -، قال: قد قبلت قضاء رسول الله ﷺ(١).

وجه الدلالة: لو كان أخذ الزائد عن الصداق جائزاً لما حدَّدَ رسول الله ﷺ المال الذي دفعه إليها صداقاً وأمرها برده له دون زيادة(٢).

٣- ما روي أن جميلة بنت أبي بن سلول أتت النبي ﷺ فقالت: والله ما أعتب على ثابت في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضاً، فقال لها ﷺ: «أتردين عليه حديقته»؟ قالت: نعم، «فأمره ﷺ أن يأخذ منها حديقته ولا يزدادَ»(٣).

وجه الدلالة: نهى النبي ﷺ الزوج المخالع عن أخذ الزيادة على المهر، ولو كان الأخذ جائزاً لما أمره بالاقتصار على ما أعطاها(٤).

٤- واستدلوا عقلاً بأن العوض بدلٌ في مقابَلَة فسخٍ، فلم يزد على قدره في ابتداء العقد، كالعوض في الإقالة(٥).

مناقشة الأدلة

نوقشت أدلة القائلين بعدم جواز الأخذ أكثر مما أعطاها بما يلي:

١- الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا...(٢٠)﴾ [النساء] وأن الله تعالى نهى عن أخذ الزيادة، فقد أجيب عنه بأن النهي في الآية إذا كان النشوز من الزوج وحده، فلا يجوز له أن يأخذ منها لأنه من العضل الذي نهى عنه الله تعالى في قوله: ﴿...وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ...(١٩)﴾ [النساء]، أما إذا كان النشوز منها فلا مانع من الأخذ مع الزيادة(٦).

---

(١) البيهقي: السنن الكبرى ١١/ ١٨٠ - ١٨١ رقم (١٥٢١٩).
(٢) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٥، ابن حزم: المحلى ٩/ ٥٢٠.
(٣) سنن ابن ماجه ١/ ٦٦٣ حديث رقم (٢٠٥٦).
(٤) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٥، الجصاص: أحكام القرآن ١/ ٥٣٨.
(٥) ابن قدامة: المغني ٧/ ٣٧.
(٦) انظر العيني: البناية٥/ ٢٩٩، ابن الهمام: فتح القدير٤/ ١٩٣- ١٩٤، الجصاص: أحكام القرآن١/ ٥٣٦-٥٣٧.

٢- الاستدلال بالحديث الذي أمر فيه ﷺ زينب بنت أبيّ بن سلول برد الصداق دون الزيادة أجيب عنه بأنه مرسل ولا حجة فيه، فيسقط القول به(١).

٣- الاستدلال بالحديث الذي أمر فيه ﷺ جميلة بنت سلول برد الصداق دون الزيادة أجيب عنه بأنه رغم صحته(٢) فإن النهي لم يتعلق بمعنىً في نفس العقد؛ وإنما تعلق بمعنىً في غيره، وهو أنه لم يعطها مثل ما أخذ منها، ولو كان أعطاها مثل ذلك لما كان مكروهاً، فلما تعلق النهي بمعنى في غير العقد لم يمنع ذلك جواز العقد، كالبيع عند أذان الجمعة(٣).

٤- الاستدلال بأن الخلع بدلٌ في مقابلة فسخٍ فلا يجوز بأكثر مما وقع كما لا تجوز الإقالة بأكثر من الثمن، أجيب عنه بأنه لا خلاف أن الخلع ليس بمنزلة الإقالة، لأنه لو خالعها على أقل مما أعطاها جاز بالاتفاق، والإقالة غير جائزة بأقل من الثمن، ولا خلاف أيضاً في جواز الخلع بغير شيء(٤).

أما أدلة القائلين بجواز الأخذ أكثر مما أعطاها فنوقشت بما يلي:

١- الاستدلال بعموم قوله تعالى: ﴿... فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...(٢٢٩)﴾ [البقرة] أجيب عنه بأنه يعارض قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا...(٢٠)﴾ [النساء] الذي لا يجيز الأخذ من المهر شيئاً بل يمنعه(٥).

٢- الاستدلال بالآثار الواردة عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر - رضي الله عنهم -، أجيب عنها من وجهين:

أ- أنها مرويةٌ عن الصحابة - رضي الله عنهم - وهي مخالفة ومعارضة لما روي عن رسول الله ﷺ، وما روي عن رسول لله ﷺ هو الأولى بالاتباع.

---

(١) ابن حزم: المحلى: ٩/ ٥٢٠.

(٢) الألباني: إرواء الغليل ٧/ ١٠٢ حديث رقم (٢٠٣٧).

(٣) انظر الجصاص: أحكام القرآن ١/ ٥٣٨، ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٤، العيني: البناية ٥/ ٢٩٩.

(٤) الجصاص: أحكام القرآن ١/ ٥٣٨.

(٥) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٤، الجصاص: أحكام القرآن ١/ ٥٣٦.

ب- أنها معارضة لقوله تعالى: ﴿...فلا تأخذوا منه شيئا...(٢٠)﴾ [النساء]، فلا يجوز الاستدلال بها[1].

وأرى أن زيادة العوض عن المهر جائز لما يلي:

١- قوة الأدلة التي تجيز أخذ الزيادة عن المهر وصحة الاستدلال بها.

٢- ضعف أدلة القائلين بعدم الجواز، وعدم صحة استدلالهم بها.

٣- فصَّل القرآن الكريم مسألتي الخلع والطلاق بصورة واضحة، والآية التي ساقوها للدلالة على قولهم ليست موضع نزاع، لأن الجميع متفق على منع أخذ الرجل مهر زوجته أو الزيادة إذا كان النشوز منه.

٤- تحث آيات القرآن الكريم على ترك المشاحَّة بين الزوجين وتجنب نسيان الفضل بينهما، كما في قوله تعالى: ﴿...ولا تنسوا الفضل بينكم...(٢٣٧)﴾ [البقرة]، وعلى إمساك الرجل زوجته بالمعروف عند الرغبة بدوام الحياة الزوجية، فإذا أراد الفراق فعليه أن يفارق بإحسان، قال تعالى: ﴿... فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ... (٢٢٩)﴾ [البقرة].

---

(١) انظر ابن الهمام: فتح القدير ٤/ ١٩٥ ـ ١٩٦، البابرتي: العناية ٤/ ١٩٤ ـ ١٩٦.

المبحث الخامس

الخلع في قوانين الأحوال الشخصية

أولاً: القانون المصري

المادة (١٨): للقاضي في دعاوى الـطلاق والتطليق ومنها الخلع أن لا يحكم بهـما إلاَّ بعـد أن تبذل المحكمـة جهـداً في محـاولات الصلح بين الزوجين. وإن عجزت المحكمة عن ذلك وكان للزوجين ولد تـلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد عن ستين.

المادة (١٩): على قـاضي التطليق أو الخلع أن يقوم بندب حكمـين من كلا الزوجين بتسميته حكماً من أهله بقـدر الإمكان في الجلسة التالية على الأكثر، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن الحـضور بهذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه. ويجب على الحكمين المثول أمام المحكمة خلال الجلسـة التالية لتعيينها ليقـررا ما خلصـا إليه معـاً، فإن تخلف أيٌ منهـما عن الحـضور تسمـع المحكمة أقوالهـما أو أقوال الحاضـر منهما بعد حلف الـيمين. وللمحكمة أن تأخـذ بأقوال الحكمين أو أحدهما أو تحكم من خلال ما تستقيه من أوراق الدعوى.

المادة (٢٠): للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع فإن لم يتراضيا عليه أقامت الزوجة دعـواها بطلبه وافتدت نفسـها وخالعت زوجها بـالتنازل عن جميع حقـوقها المالية الشـرعية، وردَّتْ إليـه الصداق الذي أعطاه لها فـحكمت المحكمة بتطليقها.

ولا تحكم المحكمـة بالتطليق للخلـع إلاَّ بعد مـحـاولة الصلح بين الزوجين وندبها لحكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجـها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألاَّ تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

ولا يصح أن يكون مقابل هذا الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم. ويقع بالخلع طلاق بائن، ويكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن.

التعليق والإيضاح

تفرد القانون المصري بالنص على حكم الحالة التي يرفض فيها الزوج مخالعة زوجته الكارهة مع إصرارها على طلب التفريق؛ حيث يتولى القاضي الحكم لها بالخلع مقابل رد ما بذل لها من مهر أو مال بهدف الزواج؛ بعد خطوات إجرائية محددة تضمن عدم التفريق بين الزوجين إلاَّ عندما يؤدي استمرارها إلى مفاسد كثيرة وبالأخص على الأبناء.

ويملك القاضي هذه الصلاحية بمقتضى السلطة التقديرية التي يتمتع بها والتي تَشمل التفريق بين الزوجين.

وبذلك يكون القانون قد حقق مصلحة عظيمة ودفع مفسدة كبيرة، فلا فائدة لتشريع الخلع وافتداء المرأة نفسها إذا ارتبط بصورة مطلقة بإرادة الزوج، وإلاَّ أصبحت الحياة الأسرية قيداً للزوجة المبغضة؛ وبيت الزوجية سجناً لها.

وتميز القانون كذلك بمنع مضارة الأم بأولادها لتفتدي نفسها بالتنازل عن حضانتهم أو نفقتهم، فهو بذلك يحافظ على حقوق الصغار باعتبارها غير قابلة للإسقاط، ويحميها من ابتزاز أبيهم للضغط عليها.

ويُسَجَّلُ للقانون موقفه الوسطي المعتدل بين تعسف الزوج في إمساكه زوجته ظلماً وإضراراً بها وتحكُّماً في حياتها وتعليقاً لها؛ وبين تمادي الزوجة التي تشتط في طلبها الخلع ربما لأتفه الأسباب أو لأسباب ونوايا خبيثة؛ دون مبالاة بمصير أسرتها وأبنائها.

فقد مكَّنَ الزوجة من الحصول على حكم الخلع بواسطة القاضي في حالة رفض الزوج مخالعتها، وتشدد في الوقت نفسه في الإجراءات التي تقتضي إجابتها إلى طلبها.

ولهذا لا مبرر - في رأيي - للجدل الذي أثير على نطاق واسع حول قانون الخلع في الفترة التي صدر فيها، فلا مخالفة فيه لنص شرعي، بل إن الرسول ﷺ

ـ بوصفه قاضياً في هذه الواقعة ـ قال لثابت بن قيس في حديث المختلعة: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»[1].

ثانياً: القانون السوري

المادة (٩٥):١- يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له.

٢- المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال.

المادة (٩٦): لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر.

المادة (٩٧): كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون بدلاً في الخلع.

المادة (٩٨): إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أداؤه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية.

المادة (٩٩) إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة بَرِئَ كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية.

المادة (١٠٠): إذا صرح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلقة رجعية.

المادة (١٠١): نفقة العدة لا تسقط ولا يبرأ الزوج المخالع منها إلا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة.

المادة (١٠٢): ١- إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد أو اشترط إمساك أمه له مدة معلومة وإنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد يرجع الزوج على الزوجة بما يعادل أجرة الولد أو نفقته عن المدة الباقية.

٢- إذا كانت الأم معسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد يجبر الأب على نفقة الولد وتكون ديناً له على الأم.

---

(١) صحيح البخاري ٣/ ٣٩٣ حديث رقم(٥٢٧٣).

المادة (١٠٣): إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ويلزم أبوه بنفقته وأجرة حضانته إن كان الولد فقيراً.

المادة (١٠٤): لا يجري التقاصُّ بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ودين الأب على الحاضنة

التعليق والإيضاح

١- نص المشرع السوري على المخالعة التي تتم بين الزوجين بالتراضي فقط، وتكاد تكون نصوص القانون السوري مشابهة إلى حد كبير للقانون المصري والأردني والكويتي.

٢- لم ينص القانون على الخلع الذي يكون من خلال دعوى ترفعها الزوجة على زوجها أمام القضاء، وهو بالتالي لا زال حتى اللحظة لا يطبق الخلع كالقانونين المصري والأردني.

ثالثاً: القانون الأردني

المادة (١٠٢): أ- يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له.

ب- المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا اختلعت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال.

ت- إذا بطل البدل وقع الطلاق رجعياً ولا يحب للزوج على زوجته في مقابل هذا الطلاق البدل المتفق عليه.

المادة (١٠٣): لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر.

المادة (١٠٤): كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون بدلاً في الخلع.

المادة (١٠٥): إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أداؤه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر ونفقة الزوجية.

المادة (١٠٦): إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة برء كل منهما من حقوق الآخر المتعلقة بالمهر والنفقة الزوجية.

المادة (١٠٧): إذا صرح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقعت بها طلقة رجعية.

المادة (١٠٨): نفقة العدة لا تسقط إلا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة.

المادة (١٠٩): إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد أو حضانته أو اشترط إمساكها له بلا أجرة مدة معلومة أو إبقاءها عليه فتزوجت أو تركت الولد أو ماتت يرجع الزوج عليها بما يعادل أجرة إرضاع الولد وحضانته ونفقته عن المدة الباقية، أما إذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت.

المادة (١١٠): إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ويلزم أبوه بنفقته فقط إن كان الولد فقيراً.

المادة (١١٢): لا يجري التَّقاصُّ بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ودين الأب على حاضنته

وجاء في الفقرة (ج) من المادة (١٢٦) المعدلة بالقانون المؤقت رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١م:

للزوجين بعد الدخول أو الخلوة أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلب الخلع مبينة بإقرار صريح منها أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية وخالعت زوجها وردت عليه الصداق الذي استلمته منه؛ حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً، فإن لم يتم الصلح حكمت المحكمة بتطليقها عليه بائناً.

التعليق والإيضاح

١- نص المشرع الأردني على الخلع الذي يكون بالتراضي بين الزوجين، وتكاد تكون نصوص القانون الأردني مشابهة إلى حد كبير لنصوص القانون السوري والكويتي والمشروع العربي الموحد ومشروع القانون الفلسطيني.

٢- نص المشرع الأردني على حق المرأة مخالعة زوجها من خلال دعوى ترفعها أمام القضاء إذا رفض الزوج مخالعتها بالتراضي.

٣- أعطى القانون القاضي فرصة محاولة الصلح بين الزوجة المطالبة بالخلع وزوجها، وإذا عجزت المحكمة عن الصلح بينهما أحالت الأمر إلى حكمين شرعيين.

٤- منح القانون الحكمين الشرعيين مدة شهر لمحاولة موالاة مساعي الصلح بين الزوجين، وهو بذلك أعطاهما نفس المدة التي أعطاها في دعوى التفريق للشقاق والنزاع بين الزوجين.

٥- التفريق بالخلع الصادر عن القاضي يعتبر طلاقاً بائناً.

رابعاً: القانون التونسي

الفصل (٣١): يحكم بالطلاق بتراضي الزوجين بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر، وبناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق، أو مطالبة الزوجة به.

التعليق والإيضاح

لم ينص المشرع التونسي على الخلع سواء كان بالتراضي بين الزوجين أو من خلال دعوى ترفعها الزوجة للقاضي تطلب فيها مخالعة زوجها، فلا حاجة إلى ذلك لأن القانون أعطى كلاً من الزوج والزوجة حق طلب الطلاق إذا تضرر أحدهما من الآخر.

خامساً: القانون الكويتي

المادة (١١١): أ- الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو مافي معناها.

ب- ولا يملك الخلعَ غير الزوجين أو من يوكلانه.

المادة (١١٢): يشترط لصحة المخالعة أهلية الزوجين لإيقاع الطلاق وفق هذا القانون.

المادة (١١٣): لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر.

المادة (١١٤): كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون عوضاً في الخلع.

المادة (١١٥): يجب العوض المتفق عليه في الخلع ولا يسقط به شيء لم يجعل عوضاً عنه

المادة (١١٦): يشترط لاستحقاق الزوج ما خولع عليه أن يكون خلع الزوجة اختياراً منها دون إكراه أو ضرر.

المادة (١١٧): أ- إذا اشترط في المخالعة أن تقوم الأم بإرضاع الولد أو حضانته دون أجر أو بالإنفاق عليه مدة معينة، فلم تقم بما الْتزمت به كان للأب أن يرجع عليها بما يعادل نفقة الولد أو أجرة رضاعه أو حضانته.

ب- وإذا كانت الأم معسرة يجبر الأب على نفقة الولد وتكون ديناً عليها.

المادة (١١٨): إذا اشترط الأب في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صح الخلع، وبطل الشرط وكان للحاضنة أخذ الولد، ويلزم أبوه بنفقته وأجرة حضانته.

المادة (١١٩): يصح خلع المريضة مرض الموت، ويعتبر العوض من ثلث مالها عند عدم إجازة الورثة. فإن ماتت وهي في العدة أو قبل الدخول فله الأقل من العوض ومن ثلث المال.

التعليق والإيضاح

١- نص المشرع الكويتي على الخلع الذي يتم بين الزوجين بالتراضي فقط ولم يتعرض للخلع الذي يكون من خلال رفع دعوى أمام القاضي تطلب فيها الزوجة مخالعة زوجها.

٢- لم يخرج المشرع الكويتي في نصه على الخلع بالتراضي عن قوانين الأحوال الشخصية الأخرى كالمصري والسوري.

سادساً: مشروع القانوني العربي الموحد

المادة (١٠٠)

أ- للزوجين أن يتراضيا على إنهاء عقد الزواج بالخلع.

ب- يكون الخلع بعوض تبذله الزوجة.

ت- يعتبر الخلع طلاقاً بائناً.

المادة (١٠١): يشترط لصحة الخلع أهلية الزوجة للبذل، وأهلية الزوج لإيقاع الطلاق.

المادة (١٠٢): لا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن حضانة الأولاد ولا شيءٍ من حقوقهم، فإن وقع صح الخلع وبطل الشرط.

المادة (١٠٣): أ- إذا ذكر البدل في المخالعة لزم ما سمَّى فقط.

ب- إذا لم يسم في المخالعة بدلٌ طبقت أحكام الطلاق.

التعليق والإيضاح

من خلال دراسة النص القانوني نجد أنه نظَّم أحكام خلع التراضي فقط ولم يتضمن أحكام الخلع الذي يكون من خلال دعوى ترفعها الزوجة أمام القضاء، وبذا يكون المشروع قد جارى قوانين الأحوال الشخصية في الدول التي كان يعمل بها.

المادة (١٨٢): ١- يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق وأن تكون الزوجة محلاً له.

٢ - للزوجين أن يتراضيا على إنهاء الزواج بالمخالعة، ويكون ذلك بعوض تبذله الزوجة لزوجها سواء كانت الزوجة مدخولاً بها أم لا، ولكل من الزوجين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر.

المادة (١٨٣): إذا كانت المخالعة بلفظ العموم ولم يسم فيها البدل، برئ الزوج من حقوق الزوجة المتعلقة بالمهر والنفقة ويقع بها طلاق بائن.

المادة (١٨٤): إذا لم يتراضَ الزوجان على الخلع ورفض الزوج الاستجابة لطلب زوجته بالخلع فللقاضي أن يحكم لها بذلك إذا اقتنع بوجود خلاف بينهما أو سبب تستحيل معه الحياة الزوجية.

المادة (١٨٥): لا يحكم القاضي بالخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين من خلال تعيين حكمين من أهل الطرفين لرأب الصدع بينهما خلال مدة لا تزيد على أربعة أشهر، وذلك وفق قواعد التحكيم المنصوص عليها في المواد (١٧٤إلى ١٨١).

المادة (١٨٦): ١- بدل الخلع مال يتم الاتفاق عليه بين الزوجين، فإن لم يتفقا على شيء، يحكم القاضي بقيمة ما بذله الزوج لها وقت العقد بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم أيهما أنفع للزوج، ولا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن حضانة الأولاد الصغار أو نفقتهم ولا شيء من حقوقهم فإن تم ذلك صح الخلع وبطل الشرط.

٢ - إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أداؤه ولا يتعارض ذلك مع حق الزوجة بالمطالبة بجميع حقوقها كالمهر والنفقة.

المادة (١٨٧): ١- كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون بدلاً في الخلع.

٢- إذا بطل البدل أو اتفق على الخلع دون بدل وقع الطلاق رجعيًا، ولا يجب للزوج في هذه الحالة البدل المتفق عليه.

المادة (١٨٨): نفقة العدة والسكنى لا تسقط ولا يبرأ الزوج المخالع منها إلا إذا نص عليها صراحة في عقد الخلع.

المادة (١٨٩): ١- المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا اختلعت، لا تلتزم ببذل الخلع إلا بموافقة ولي المال.

٢- الحكم بالخلع أمام القاضي يكون طلاقاً بائناً.

التعليق والإيضاح

١- نص مشروع القانون على المخالعة التي تكون بين الزوجين بالتراضي كما هو الحال في قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في الدول العربية وبالأخص قانون الأحوال الشخصية المصري.

٢- أعطى مشروع القانون الزوجة الحق برفع دعوى لمخالعة زوجها أمام القضاء إذا رفض الزوج مخالعتها بالتراضي.

٣- لا يحكم القاضي بالخلع بين الزوج وزوجته إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وفي حالة عجز القاضي عن الصلح بين الزوجين أحال الأمر إلى حكمين ليقوما بموالاة مساعي الصلح بينهما، ويمنح الحكمين مدة أربعة أشهر لهذه المهمة.

٤- خالف مشروع القانون في المدة التي منحها للحكمين قانون الأحوال الشخصية الأردني والمصري، فالمشرع الأردني جعلها شهراً واحداً، والمشرع المصري جعلها ثلاثة أشهر.

المبحث السادس

إجراءات دعوى الخلع

أولاً: لائحة الدعوى

بسم الله الرحمن الرحيم

لدى محكمة القدس الشرعية   دعوى أساس ٢١٩/٣/٢٠٠٣

المدعيـة: نائلة إبراهيم أحمد حسن مـن القدس وسكانها، وكيلهـا المحامي خليل خالد.

المدعى عليه: عـودة أحمد سـالم حمدان من الـقدس وسكانها مـقابل باب الأسباط.

وقائع الدعوى

١- المدعية زوجـة ومدخولة بصحـيح العقد الشرعي للمـدعى عليه بموجب وثيـقة عـقد الزواج الصـادرة عن محكـمة القـدس الشرعـية بتـاريخ ١٥/١١/٢٠٠٢ حاملة للرقم (١٨١٧٧) بمعرفـة المأذون الشرعي التابع لها الشيخ مصطفى الطويل.

٢- تم الزفـاف بين الزوجين المتـداعـيـين بتـاريخ ٢٥/١٢/٢٠٠٢، ومنذ زواجها والزوجـة المدعية نائلة المذكورة تبغـض الزوج عودة المدعى عليه المذكور، ونتيجة لهذا البغض فقد استحالت الحياة الزوجية بينهما، وهي تخشى على نفسها الوقوع في المعصـية بعدم إقامة حدود الله بينها وبين

زوجها، بسبب بغضه الشديد وتعذر الحياة الزوجية التي أرادها الله أن تكون قائمة على السكن والمودة.

٣- الزوجة نائلة المدعية على استعداد لإعادة ما قدمه الزوج عودة المدعى عليه مقابل خلعها له، ولإبرائه من الحقوق الزوجية المدونة في وثيقة عقد زواجها، وهي ألف دينار أردني مهر معجل مقبوض، وثلاثة آلاف دينار أردني، ومصاغ ذهبي زنة ثلاثمائة غرام عيار (٢١) تسلمته الزوجة نائلة من زوجها عودة المدعى عليه المذكور.

٤- البينات تحصر وتقدم أثناء المحاكمة.

٥- صلاحية النظر والفصل في هذه الدعوى لمحكمتكم الموقرة.

الطلب

يلتمس وكيل المدعية من محكمتكم الموقرة ما يلي:

١- تبليغ نسخة من لائحة الدعوى للمدعى عليه.

٢- تعيين موعد للمحاكمة.

٣- غبَّ الثبوت الحكم بالخلع بين المدعية نائلة المذكورة والمدعى عليه عودة المذكور بوقوع طلقة بائنة بينونة صغرى.

٤- تضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

تحريراً في ٢٠٠٣/٩/٧

وكيل المدعية المحامي خليل خالد

ثانياً: ورقة التبليغ

ورقة دعوة

السلطة الوطنية الفلسطينية   رقم الدعوى الأساسي ٢١٩ /٢٠٠٣/

ديوان قاضي القضاة / المحاكم الشرعية

محكمة القدس الشرعية

اسم المدعي: نائلة إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها، وكيلها المحامي خليل خالد

اسم المدعى عليه: عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها مقابل باب الأسباط.

يقتضي حضورك إلى محكمة القدس الشرعية يوم الأربعاء الواقع في ١٧/٩/٢٠٠٣ الساعة التاسعة صباحاً للنظر في الدعوى المقامة عليك من قبل المدعية، فإذا لم تحضر أو ترسل وكيلاً تُرى الدعوى بحقك غيابياً.

تحريراً في ٨/٩/٢٠٠٣ م.

توقيع الشاهد **توقيع الشاهد** **توقيع المبلغ إليه**

انتقلت أنا محضر محكمة القدس الشرعية نافذ نظام الخالدي إلى بيت المدعى عليه الواقع في القدس في منطقة باب الأسباط وقمت بتبليغ المدعى عليه عودة أحمد سالم حمدان بالذات وذلك بحضور الشاهدين أخويه عماد ورشاد ولدي أحمد سالم حمدان.

تحريرا في ٩/٩/٢٠٠٤.

محضر محكمة القدس الشرعية

ثالثاً: إجراءات سير الدعوى

بسم الله الرحمن الرحيم

في اليوم المعين وفي المجلس الشرعي المعقود لدي أنا تيسير رجب التميمي قاضي القدس الشرعي حضر المحامي الشرعي الأستاذ خليل خالد وكيلاً عن المدعية نائلة إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها بموجب وكالة خاصة شاملة للدعوى منظمة من قبله حسب الأصول، ومؤرخة بتاريخ ٦/ ٩/ ٢٠٠٣ ومستوفىً عنها الرسم القانوني بتاريخ ٧/ ٩/ ٢٠٠٣، بعد تلاوتها والاطلاع عليها حفظت بين أوراق هذه الدعوى. وحضر المدعى عليه الرجل المكلف والمعروف لدينا ذاتاً بهويته الشخصية عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها.

بوشرت إجراءات المحاكمة الوجاهية علناً، فتليت لائحة الدعوى من قبل وكيل المدعية وصدقها وقررها وكررها، وطلب الحكم بمضمونها.

وبسؤال المدعى عليه عنها قال: إنني أصادق وكيل المدعية على ما ورد في البند الأول من لائحة الدعوى، حيث إن المدعية نائلة المذكورة هي زوجتي بصحيح العقد الشرعي بموجب وثيقة عقد الزواج الصادرة عن محكمة القدس الشرعية بتاريخ ١٥/ ١١/ ٢٠٠٢م، وحاملة للرقم (١٨١٧٧) والمنظمة بمعرفة المأذون الشرعي التابع لمحكمة القدس الشرعية الشيخ مصطفى الطويل، وأصادق وكيل المدعية كذلك على أن الزفاف تم بيني وبين المدعية نائلة المذكورة بتاريخ ١٥/ ١١/ ٢٠٠٢ م، وعلى أنها تبغضني وتكرهني ولا تريد الإبقاء على هذا الزواج بيننا، وأصادقه على ما ورد في البند الثالث من لائحة الدعوى، فزوجتي نائلة المدعية تسلمت مني مهرها المعجل البالغ ألفَ دينارٍ أردنيٍّ، وتسلمت المصاغ الذهبي زنة ثلاثمائة غرام عيار (٢١)، وعلى أن المهر المدون لها في وثيقة عقد الزواج هو ألف دينار أردني مهر معجل مقبوض، وثلاثة آلاف دينار أردني مهر مؤجل، وغرفة نوم وتوابعها بقيمة ثلاثة آلاف دينار أردني ومصاغ ذهبي زنة ثلاثمائة غرام عيار (٢١) تسلمته المدعية كما أقرت في لائحة الدعوى.

المحكمة: حيث أقر المدعى عليه بدعوى المدعية نائلة المذكورة فإنها تقرر عرض الصلح على الطرفين المتداعيين.

قال وكيل المدعية: إن موكلتي ترفض الصلح مع المدعى عليه حيث إنها تبغض زوجها عودة المدعى عليه وتبغض الحياة معه، ولأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

قال المدعى عليه عودة المذكور: إنني على استعداد للصلح مع زوجتي المدعية نائلة وإعادة الحياة الزوجية بيننا كما أراد الله عز وجل.

المحكمة: حيث الأمر كما سبق ذكره فإنها تقرر إحالة هذه الدعوى إلى حكمين شرعيين لموالاة مساعي الصلح بين الزوجين المتداعيين، وتسأل وكيل المدعية والمدعى عليه إن كان في أهلهما من يصلح أن يكون حكماً في هذه الدعوى وفق الشروط التي اشترطها القانون.

قال وكيل المدعية والمدعى عليه بلسان واحد: لا يوجد في أهلنا من يصلح لأن يكون حكماً في هذه الدعوى وفق الشروط التي اشترطها القانون، ونترك الأمر للمحكمة لاختيار الحكمين الشرعيين.

المحكمة: حيث ثبت لها أنه لا يعرف في أهل المتداعيين من يصلح حكَماً في هذه الدعوى، فإنها تقرر إحالة هذه الدعوى إلى الحكمين الشرعيين العالمين بأحكام الشريعة الإسلامية الغراء، القادريْن على الإصلاح بين الزوجين المتداعيين وهما كل واحد من الشيخين العدلين الثقتين: عماد خالد النشاشيبي وحسام سعد الدين العلمي، وأن على الحكمين الاجتماع مع الطرفين المتداعيين، والاستماع إلى أقوالهما وأقوال من له علاقة بهما، وتدوين تلك الأقوال في محاضر يوقع عليها أصحاب العلاقة، وبذل جهدهما في الإصلاح بين الطرفين المتداعيين، وتقديم تقرير بذلك، وتقرر المحكمة صرف أتعاب وبدل انتقال لكل واحد من الحكمين مبلغاً وقدره مائة دينار أردني، وتبليغ ذلك للحكمين المذكورين وإعلامهما بأن عليهما تقديم تقرير بذلك، بعد أن تؤَمِّنَ المدعية نائلة المذكورة المبلغ الذي قررته المحكمة للحكمين في صندوق هذه المحكمة بالإضافة إلى رسوم التبليغ، وتقرر تأجيل الدعوى ليوم ١٠/١٢/٢٠٠٣ الساعة التاسعة صباحاً.

أفهم علناً للطرفين حسب الأصول. تحريراً في ١٥رجب ١٤٢٤هـ وفق ١٧/ ٩/ ٢٠٠٣م

توقيع المدعى عليه	توقيع وكيل المدعية	توقيع الكاتب	توقيع القاضي

في اليوم المعين حضر وكيل المدعية، وحضر بحضوره المدعى عليه، وتبين من أوراق الدعوى أنه ورد لهذه المحكمة تقرير الحكمين الشرعيين اللَّذَين انتخبتهما المحكمة وهما الشيخ عماد خالد النشاشيبي والشيخ حسام سعد الدين العلمي، ومن تلاوة التقرير تبين أنه يتضمن ما يلي: بسم الله الرحمن الرحيم، فضيلة قاضي القدس الشرعي المحترم، مقدم التقرير: الشيخ عماد خالد النشاشيبي والشيخ حسام سعد الدين العلمي، موضوع التقرير: تقرير الحكمين الشرعيين الشيخ عماد خالد النشاشيبي والشيخ حسام سعد الدين العلمي في الدعوى أساس ٢١٩٢١٩/ ٢٠٠٣ والمتكونة بين المتداعيين نائلة إبراهيم أحمد حسن زوجة ومدعية ومدخولة بصحيح العقد الشرعي، وعودة أحمد سالم حمدان زوج ومدعى عليه كلاهما من القدس وسكانها، بالإشارة إلى كتابكم رقم ١١١/ ٨٠/ ٢٠٠٣ المؤرخ بتاريخ ١٧/ ٩/ ٢٠٠٣م والمتضمن انتخابنا حكمين شرعيين في الدعوى أساس ٢١٩/ ٢٠٠٣ والمتكونة بين المدعية نائلة إبراهيم أحمد حسن والمدعى عليه عودة أحمد سالم حمدان، فقد اجتمعنا نحن الحكمين الشرعيين بالمتداعيين وكل من له علاقة بهما، وحاولنا مواصلة مساعي الصلح بين الطرفين المتداعيين، إلا أننا لم نتمكن من الصلح بينهما، فقد أصرت الزوجة نائلة على عدم الصلح مع زوجها عودة المذكور، لأنها تبغض العيش معه بغضاً شديداً، وتخشى ألاَّ تقيم حدود الله تعالى، وعليه فإننا نرجو إجراء المقتضى الشرعي حسب الأصول.

المحكمة: حيث الأمر كما ذكر الحكمان الشرعيان فإن المحكمة تقرر الأخذ بتقريرهما

وعليه وحيث لم يبق ما يقال في هذه الدعوى فإن المحكمة تقرر سؤال الطرفين عن كلامهما الأخير.

فطلبا إجراء الإيجاب الشرعي حسب الأصول.

وعليه ولتوفر أسباب الحكم فقد أعلنت ختام المحكمة، وأصدرتُ القرار التالي باسم الله تعالى.

أفهم علناً حسب الأصول. تحريراً في ١٠/ ١٢/ ٢٠٠٣م

توقيع المدعى عليه	توقيع وكيل المدعية	توقيع الكاتب	توقيع القاضي

رابعاً: القرار الابتدائي

القرار

حيث ادَّعت المدعية نائلة المذكورة دعواها هذه ضد زوجها المدعى عليه عودة المذكور وادعت فيها أنها زوجته ومدخولته بصحيح العقد الشرعي، وأنها تبغض الحياة الزوجية معه ولا سبيل لاستمرارها بينهما، وتخشى ألاَّ تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، وأنها تفتدي نفسها بالتنازل عن حقوقها الزوجية، وترد عليه الصداق الذي قبضته منه وهو مبلغ ألف دينار أردني، ومصاغ ذهبي زنة ثلاثمائة غرام عيار (٢١)، وخلصت إلى طلبها الحكم بتطليقها منه بائناً سنداً لأحكام الفقرة (ج) من المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية المعدلة بالقانون المؤقت رقم (٨٢) لسنة (٢٠٠١)، وحيث أقر المدعى عليه عودة المذكور بالزوجية والدخول الشرعيين بينه وبين المدعية نائلة المذكورة، وأن المهر المعجل المقبوض هو مبلغ ألف دينار أردني ومصاغ ذهبي زنة ثلاثمائة غرام عيار (٢١) وعليه وعملاً بالمادتين ٧٩ و ١٨١٧ من مجلة الأحكام العدلية، والفقرة (ج) من المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية المعدلة بالقانون المؤقت رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١، فقد حكمتُ بخلع المدعية نائلة المذكورة من زوجها المدعى عليه عودة المذكور الداخل بها بصحيح العقد الشرعي بطلقة واحدة بائنة اعتباراً من تاريخه أدناه، وبأن على المدعية نائلة المذكورة العدة الشرعية اعتباراً من تاريخه أدناه، وبأنها لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين ما لم تكن مسبوقة منه بطلقتين، وضمنتُه الرسوم والمصاريف

ومبلغ عشرين ديناراً أردنياً أتعاب محاماة، حكماً وجاهياً قابلاً للاستئناف وتابعاً له، وموقوف النفاذ على تصديقه محكمة الاستئناف الشرعية.

أفهم علناً لوكيل المدعية والمدعى عليه حسب الأصول. تحريراً في ١٠/١٢/٢٠٠٣ م

توقيع الكاتب **توقيع القاضي**

خامساً: القرار الاستئنافي

هيئة المحكمة

الرئيس: . . .

العضو: . . .

العضو: . . .

اسم المدعي: نائلة إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها، وكيلها المحامي خليل خالد.

اسم المدعى عليه: عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها.

موضوع الاستئناف: الخلع

تاريخ الاستئناف: ١٠/١/٢٠٠٤ م

رقم الاستئناف: ١٣/٢٠٠٤

الحكم المستأنف: وجاهي صادر عن محكمة القدس الشرعية في الدعوى أساس ٢١٩/٢٠٠٣ سجل ٣٤٦ صفحة ١١٦ عدد ١٩ تاريخ ١٠/١/٢٠٠٤، والمرفوع بموجب المادة (١٣٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية:

القرار الصادر باسم الله تعالى

بعد الاطلاع على محضر الدعوى وسائر الأوراق المتعلقة بها تبين ما يلي:

١- أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها الوجاهي بالخلع بين المدعية نائلة المذكورة والمدعى عليه زوجها عودة المذكور بطلقة واحدة بائنة بينونة صغرى، حيث ادعت الزوجة نائلة أنها تبغض العيش مع زوجها عودة المدعى عليه، وأنها تخشى ألاّ تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، وتفتدي نفسها بالتنازل عن حقوقها الزوجية، وترد عليه الصداق الذي قبضته منه وهو مبلغ ألف دينار أردني، ومصاغ ذهبي زنة ثلاثمائة غرام عيار (٢١)، وخلصت إلى طلب الحكم بتطليقها منه بائناً سنداً لأحكام الفقرة (ج) من المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية المعدلة بالقانون المؤقت (٨٢) لسنة ٢٠٠١م، وحيث أقر المدعى عليه عودة المذكور بالزوجية والدخول الشرعيين بينه وبين المدعية نائلة المذكورة، وأن المهر المعجل المقبوض هو ألف دينار أردني ومصاغ ذهبي زنة ثلاثمائة غرام عيار (٢١)، وعليه وعملاً بالمادتين ٧٩ و ١٨١٧ من مجلة الأحكام العدلية، وبالفقرة (ج) من المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية المعدلة بالقانون المؤقت رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١م فقد حكَمَتْ بخلع المدعية نائلة المذكورة من زوجها المدعى عليه عودة المذكور الداخل بها بصحيح العقد الشرعي بطلقة واحدة بائنة اعتباراً من تاريخه أدناه، وأن عليها العدة الشرعية اعتباراً من تاريخه أدناه، وضمّنته الرسوم والمصاريف ومبلغ عشرين ديناراً أردنياً أتعاب محاماة حكماً وجاهياً قابلاً للاستئناف.

٢- وبعد التدقيق تبين أن حكم المحكمة الابتدائية بخلع المدعية نائلة المذكورة من زوجها المدعى عليه عودة المذكور بطلقة واحدة بائنة بينونة صغرى وأن عليها العدة الشرعية اعتباراً من تاريخه أدناه، وأنها لا تحل له إلاّ بعقد ومهر جديدين ما لم تكن مسبوقة منه بطلقتين، وتضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف ومبلغ عشرين ديناراً أردنياً أتعاب محاماة بناء على الدعوى والطلب وسنداً إلى المواد المنوه بها صحيح موافقٌ للأصول والوجه الشرعي فتقرر تصديقه حسب الأصول.

تحريراً في ١٥ ذي الحجة ١٤٢٤ هـ وفق ٢٥/ ٢/ ٢٠٠٤ م.

توقيع رئيس محكمة الاستئناف الشرعية

مذكرة تبليغ قرار استئنافي صادر عن محكمة الاستئناف الشرعية بالقدس في الدعوى أساس ٢٠٠٣/٢١٩

السلطة الوطنية الفلسطينية   رقم الدعوى الأساسي ٢٠٠٣/٢١٩

ديوان قاضي القضاة / المحاكم الشرعية

محكمة القدس الشرعية

اسم المدعي: نائلة إبراهيم أحمد حسن من القدس وسكانها، وكيلها المحامي خليل خالد

اسم المدعى عليه: عودة أحمد سالم حمدان من القدس وسكانها.

أبلغكما أن الحكم الصادر في الدعوى أساس ٢٠٠٣/٢١٩ والتي تتضمن طلب الخلع والمتكونة بينكما قد عاد مصدقاً من محكمة الاستئناف الشرعية، وعليه فقد تم تبليغكما ذلك حسب الأصول.

تحريراً في ١٥ ذي الحجة ١٤٢٤ وفق ٢٠٠٤/٢/٢٥ م.

توقيع قاضي القدس الشرعي

الخاتمة

لله الحمد والمنة، أَنْ تَمَّتْ بفضله النعمة بإنهاء هذه الدراسة، وأختمها بأهم النتائج التي استخلصتُها، والتوصيات التي أقترحها، وكُلِّي أملٌ أن يَفِيدَ مِنْها مَنْ يطالعُها أو يأخذُ بها:

أولاً: النتائج

١- إذا كان للزواج مقاصد جليلة، فمقاصد التفريق لا تقل أهمية عنها؛ فهو السبيل الأخير إلى رفع الضرر الواقع من أحد الزوجين على الآخر، وبه يمكن حماية الأبناء ونفسياتهم من التأثر بنتائج الخلافات والنزاعات الناشئة بين والدَيْهم، فربما كان التفريقُ وإنشاء زواج جديد خالٍ من المشكلات وقايةً للمجتمع من الانحراف والوقوع في الرذيلة.

٢- التفريق بين الزوجين جائز، ويجبُ بتحقق أسبابه التي لا يمكن إزالتها؛ كفوات الإمساك بالمعروف وتحقق الضرر وإهدار مقاصد النكاح.

٣- اعتبار التفريق بحكم القاضي فسخاً يتفق مع حكمة التشريع، ويُرسخ مبدأ العدل بين الزوجين من حيث الآثار المترتبة عليه، وبالأخص أن الحقوق المالية المستحقة للزوجة لا تنتقص إذا كان التفريق بعد الدخول.

٤- الإيلاء جائز فيما دون أربعة أشهر، إذا كان بقصد تأديب الزوجة وإصلاحها وعلاج نشوزها.

٥- لا يحق للمرأة المطالبة بالتفريق للإيلاء، إلا بعد مُضيّ أربعة أشهر، ولا يُعتد برجعة المُولي لزوجته إلا بالمعاشرة الزوجية، ما لم يمنع من ذلك مانع شرعي كالمرض.

٦- يشترك الهجر والإيلاء في المعنى الذي حُرِّم الإيلاء لأجله فوق أربعة أشهر؛ وهو الضرر الواقع على المرأة بترك حقها في العفاف والإحصان.

٧- للزوجة على زوجها الحق في المبيت والمعاشرة الزوجية، ولها المطالبة بالتفريق إن امتنع من أحدهما مدة تزيد على أربعة أشهر.

٨- لزوجة المُظَاهِر الحقُّ في طلب التفريق إذا امتنع من التكفير عن ظهاره؛ لذا فإن خلوًّ قانون الأحوال الشخصية من ذكر للظهار، أو الآثار المترتبة عليه يُعد قصوراً؛ لأن وقوعه يمنع المعاشرة الزوجية، فقد نص الحنفية والمالكية على وجوب منع المرأةِ زوجَها من ذلك في حالة الظهار، فضلاً عما نص عليه المالكية والحنبلية من ثبوت حق المرأة في المعاشرة.

٩- الأصلُ في مشروعية التفريق بين الزوجين للهجر والظهار والغيبة والفقد والحبس حقُّ المرأة في المعاشرة الزوجية واستدامتها؛ فهو ليس حقاً للرجل فقط؛ بل من الحقوق المشتركة بينهما.

١٠- يحق لزوجة الغائب طلب التفريق إذا تضررت من غياب زوجها سنة فأكثر، ويُعذر الزوج عند عدم استطاعته الرجوع للعيش معها، أو عدم قدرته على نقلها إليه، أو امتناعه من تسريحها، فلا يُعذر إليه؛ لأن ذلك يُفضي إلى تركها معلقة، وهذا ضرر عظيم.

١١- لزوجة المفقود طلب التفريق بعد مرور سنة من فقده، وتعامل كزوجة الغائب؛ فيُحكم لها بالتفريق، دون التعرض للحكم بوفاته وتعتد عدة طلاق.

١٢- يحق لزوجة المحبوس المحكوم عليه حكماً نهائياً ثلاث سنوات فأكثر أن تتقدم إلى القاضي بطلب التفريق، ولزوجة المعتقل بغير حكم طلب التفريق بعد مرور ثلاث سنوات على الاعتقال.

١٣- إذا امتنع الرجل من بذل المهر لزوجته؛ فمن حقها الامتناع منه، فإذا كان امتناعها وترك تسليم نفسها يُلحق بها ضرراً لبقائها معلقة؛ فمن حقها طلب التفريق لذلك.

١٤- يُعد المسكن أحد أنواع النفـقة الواجبة للمرأة على زوجـها، وقد ثبت حقـها في طلب الـتفريق لـعدم الإنفاق؛ فـكذلك يثبت حـقهـا لعدم المسكن؛ لتضررها بعدمه.

١٥- تثبت بعضُ أنواع الضرر الواقع على المرأة من زوجها بالكشف الطبي؛ كالضرب ويثـبت بعضها الآخـر كالضرر النفسي بإثبـات ما ارتكب من الجرائم التي تتضرر بها زوجته نفسياً.

١٦- يمكن الخروج من خلاف الحـكمين في قضايا التفريق لـلشقاق والنزاع بضمٍّ ثالثٍ إليهما في أي وقت زمن المحـاكمة، ولهذه الخطوة فائدة هي سرعة الفصل في القضية.

١٧- يحق للزوج كـما للزوجـة طلب التفـريق للشقـاق أو العيـوب؛ لأنه يَتَـضرَّرُ بـكل منهمـا، وحـرمـانه هذا الحق يؤدي إلى إهدار حـقوقـه الزوجية، أو ضياع ما أنفق من مـال كالمهر وباقي نفقات الزواج إذا لجأ إلى الطلاق بإرادته.

١٨- يعدُّ حـصر العـيوب التي يجوز التـفريق بسـببهـا تحكُّماً بغـير دليل، وإطلاقها لا يخلو عن المفاسـد؛ لذا كان لا بد من وضع ضابط مناسب يراعي المصلحة ويدرأ المفسدة، وأقترح أن يكون على النحو التالي:

العـيب الذي يوجب التـفـريق: هو العيـب الخفي المانع مـن وصول أحـد الزوجين إلى حقه في الاسـتمتاع بالآخر؛ كالأمراض الجنسـية المانعة من الوطء أو كمـاله، أو الذي يلحق بأحدهمـا ضرراً ؛ كالأمـراض المُعدية أو الجنون، أو الذي يبـعث على النفـرة الشـديدة؛ كـالبرص والجـذام، ومـا شـابههـا من الأمـراض المستحكمة.

ثانياً - التوصيات

١- أوصي القائمين على تقنين الأحكام الشرعـية والعاملين في هذا المجال، وضع مذكرات تفسيرية للقوانين المعـمول بها، وأخذ ذلك بعين الاعتبار عند تغيير القوانين.

٢- قانون الأحوال الشخصية هو البقية الباقية المستمدة من أحكام الشريعة؛ لذا فإن من واجب طلبة العلم الشرعي - وبالأخص المنتسبين إلى قسم القضاء - النهوض بهذا القانون وإجراء أبحاث ودراسات في مواضيعه المتعددة؛ لإخراجها في ثوب جديد يناسب تغير الزمان والأحوال، مع المحافظة على الأصالة والتمسك بثوابت الشريعة.

٣- يبدو واضحاً في هذا الزمان حجم الغزو الفكري والثقافي الذي يحاول الغرب من خلاله التأثير على مفاهيم المرأة المسلمة؛ لتغيير عاداتها ومعتقداتها؛ لذا فمن واجب العلماء التصدي لهذه الهجمة الخبيثة، من خلال إصدار البحوث والنشرات والمقالات التي ترد هذه الهجمة وتظهر المكانة الصحيحة للمرأة في الإسلام.

٤- إن لجهاز التعليم دوراً كبيراً في بناء المجتمع، فأدعو المسؤولين عن هذا الجهاز إلى العمل على تطوير مناهجه بما يتناسب مع حاجة المجتمع المسلم، وأقترح لذلك ما يلي:

أ- تخصيص مادة تربوية إسلامية، تهتم بالعلاقات الأسرية عموماً، وتدرس لطلبة وطالبات الصف التاسع.

ب- تقرير مادة تربوية تدرس لطلبة وطالبات الصف العاشر، يُرسخ من خلالها مبدأ التعاون والتكافل بين الزوجين، وبيان ما على كل منهما نحو الآخر من منظور إسلامي.

جـ- تفعيل الدور التعاوني بين المؤسسات التعليمية والاجتماعية وبين المحاكم الشرعية لما فيه صالح الأسرة والمجتمع.

فهرس المصادر والمراجع

١ - **القرآن الكريم.**

٢- ابن الأثير: العلامة عز الدين أبو الحسن علي بن أبي الكرم الشيباني، **الكامل في التاريخ**، دار الفكر ودار صادر/ بيروت، بدون طبعة وتاريخ.

٣- الأزهري: أبو منصور محمد بن أحمد، **الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي**، تحقيق شهاب الدين أبو عمرو، دار الفكر/بيروت، بدون طبعة، ١٩٩٤.

٤- الأسيوطي: الشيخ ش. س الدين محمد بن أحمد المنهاجي، **جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود**، تحقيق مسعود عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٦.

٥- الألباني: محمد ناصر الدين، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، المكتب الإسلامي، ط٢، ١٩٨٥.

٦- الألباني: محمد ناصر الدين، **سلسلة الأحاديث الصحيحة**، مكتبة العارف/ الرياض، بدون طبعة، ١٩٩٥.

٧- الألباني: محمد ناصر الدين، **ضعيف سنن أبي داود**، المكتب الإسلامي/ بيروت، ط١، ١٩٨٨.

٨- الألباني: محمد ناصر الدين، **ضعيف سنن الترمذي**، المكتب الإسلامي/ بيروت، ط١، ١٩٩١.

٩- الألباني: محمد ناصر الدين، **ضعيف سنن النسائي**، المكتب الإسلامي/ بيروت، ط١، ١٩٩٠.

١٠- ابن أنس: مالك، **المدونة الكبرى**، دار صادر/ بيروت، بدون طبعة وتاريخ.

١١- ابن أنس: مالك، **الموطأ**، تصحيح محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وتاريخ.

١٢- الأنصاري: شيخ الإسلام أبو يحيى زكريا، **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب**، دار الفكر/ بيروت، بدون طبعة وتاريخ.

١٣- البابرتي: أكمل الدين محمد بن محمود، **العناية شرح الهداية**، بهامش شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٥.

١٤- الباجي: القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف سعد بن أيوب، **المنتقى شرح موطأ مالك**، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩١.

١٥- البخاري: الإمام محمد بن اسماعيل، **الجامع الصحيح المسند**، ضبط طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الأصولي/ دمنهور، بدون طبعة، ١٩٩٨.

١٦- البخاري: الإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، **كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي**، تعليق محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكاتب العربي/ بيروت، ط٣، ١٩٩٧.

١٧- البغدادي: القاضي عبد الوهاب، **المعونة على مذهب عالم المدينة**، تحقيق حسن عبد الحق، دار الفكر، بدون طبعة، ٢٠٠٢.

١٨- البغوي: الإمام أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، تحقيق الشيخ عادل عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٧.

١٩- البغوي: الإمام أبو محمد الحسين بن مسعود، **شرح السنة**، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية/ بيروت ط١، ١٩٩٣.

٢٠- البهوتي: الشيخ منصور بن يونس، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، تحقيق أبو عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٧.

٢١- البيهقي: الإمام أبو بكر أحمد بن الحسين، **السنن الصغرى**، تحقيق ليل مأمون شيحا، دار المعرفة/ بيروت، ط١، ١٩٩١.

٢٢- البيهقي: الإمام أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، **السنن الكبرى**، دار الفكر/ بيروت، ط١، ١٩٩٦.

٢٣- الترمذي: الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، **الجامع الصحيح**، تحقيق محمود محمد محمود حسن نصار، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ٢٠٠٠.

٢٤- التسولي: أبو الحسن علي بن عبد السلام، **البهجة شرح التحفة**، ضبط محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٨.

٢٥- التميمي: أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى الموصلي، **مسند أبو يعلى الموصلي**، تحقيق حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، ط١، ١٩٨٤.

٢٦- التهانوي: الشيخ محمد بن علي، **كشاف اصطلاحات الفنون**، ضبط أحمد حسن بسج، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٨.

٢٧- التونجي: محمد، **المعجم الذهبي**، دار الروضة/بيروت، بدون طبعة، ١٩٩٣.

٢٨- التونجي: محمد، **المعجم الفارسي العربي الموجز**، مكتبة لبنان، ط١، ١٩٩٧.

٢٩- الجرجاني: العلامة علي بن محمد الشريف، **التعريفات**، مكتبة لبنان/ بيروت، بدون طبعة، ١٩٨٥.

٣٠- الجَزَري: الإمام محمد الدين المبارك بن محمد بن الأثير، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، تحقيق صلاح بن محمد بن محمد عويضة، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٧.

٣١- الجصاص: الإمام أبو بكر أحمد الرازي، **أحكام القرآن**، مراجعة صدقي محمد جميل، دارالفكر/ بيروت، بدون طبعة، ١٩٩٣.

٣٢- أبو جيب: سعدي، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً**، دار الفكر/ دمشق، ط١، ١٩٩٨.

٣٣- الحاكم النيسابوري: الإمام أبو عبد الله محمد بن عبد الله، **المستدرك على الصحيحين**، تحقيق يوسف عبد الرحمن المرعشلي، دار المعرفة/ بيروت، ط١، ١٩٩٩.

٣٤- الحداد: شيخ الإسلام أبو بكر بن علي بن محمد الحداد، **الجوهرة النيرة على مختصر القدوري**، مكتبة إمدادية، ملتان/ باكستان، بدون طبعة وتاريخ.

٣٥- الحراني: الشيخ مجد الدين عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن تيمية، **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق محمد حسن إسماعيل وأحمد محروس جعفر صالح، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٩.

٣٦- ابن حزم الظاهري: الإمام أبو محمد بن علي بن أحمد بن سعيد، **المحلى بالآثار**، تحقيق عبدالغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية/ بيروت، بدون طبعة وتاريخ.

٣٧- الحصكفي: محمد بن علي بن محمد الصني، **الدر المنتقى في شرح الملتقى**، مطبوع بهامش مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ضبط خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٨.

٣٨- ابن حنبل: أحمد بن محمد، **المسند**، شرح أحمد محمد شاكر وحمزة أحمد الزين، دار الحديث/ القاهرة، ط١، ١٩٩٥.

٣٩- الحنبلي: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، **الفروع**، تحقيق أبي الزهراء حازم القاضي، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٧.

٤٠- الحنبلي: أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، **المبدع شرح المقنع**، تحقيق محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٧.

٤١- حيدر: علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩١.

٤٢- الخرشي: الإمام محمد بن عبد الله بن علي، **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل**، ضبط الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٧.

٤٣- الدارقطني: الإمام علي بن عمر، **سنن الدار قطني**، دار الفكر/ بيروت، بدون طبعة، ١٩٩٤.

٤٤- الدارمي: الإمام أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن، **سنن الدارمي**، الشيخ محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٦.

٤٥- الدسوقي: الإمام محمد بن أحمد بن عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، تعليق محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٦.

٤٦- ابن دقيق العيد: الإمام تقي الدين أبو الفتح، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، دار الكتب الإسلامية/ بيروت، بدون طبعة وتاريخ.

٤٧- الرازي: أبو الحسن أحمد فارس، **حلية الفقهاء**، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الشركة المتحدة للتوزيع/ بيروت، ط١، ١٩٨٣.

٤٨- الرازي: الإمام محمد بن أبي بكر، **مختار الصحاح**، دار الدعوة، استانبول/ تركيا، بدون طبعة، ١٩٨٧.

٤٩- الرازي: أبو الحسين أحمد بن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ضبط إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٩.

٥٠- ابن رجب: الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن الحنبلي، **القواعد في الفقه الإسلامي**، دار الكتب العلمية/ بيروت، بدون طبعة وتاريخ.

٥١- رضا: الشيخ أحمد، **معجم متن اللغة**، دار مكتبة الحياة/ بيروت، بدون طبعة، ١٩٦٠.

٥٢- الرملي: خير الدين، **الحواشي الرقيقة والتعاليق الأنيقة**، المطبعة الكبرى الميرية، بولاق/ مصر.

٥٣- الرملي: خير الدين، **الفتاوى الخيرية**، مطبعة عثمانية در سعادت، بدون طبعة، ١٣١١هـ.

٥٤- الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الملقب بالشافعي الصغير، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، دار الفكر، بيروت، ط الأخيرة، ١٩٨٤.

٥٥- الروكي: محمد، **قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي**، دار القلم/ دمشق، مجمع الفقه الإسلامي/ جدة، ط١، ١٩٨٨.

٥٦- الزرعي: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية/ صيدا، بدون طبعة، ١٩٨٧.

٥٧- الزرعي: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، **زاد المعاد في هدى خير العباد**، تحقيق صلاح محمد عويضة، دار المنار، ط١، ١٩٩٨.

٥٨- الزرعي: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية/ بيروت، بدون طبعة وتاريخ.

٥٩- الزركشي: الإمام بدر الدين، **البحر المحيط في أصول الفقه**، تعليق د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ٢٠٠٠.

٦٠- الزركشي: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله، **المنثور في القواعد في فقه الشافعي**، تحقيق محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ٢٠٠٠.

٦١- الزرقاني: محمد عبد العظيم، **مناهل العرفان في علوم القرآن**، دار إحياء الكتب العربية، ط٣، بدون تاريخ.

٦٢- الزمخشري: العلامة جار الله بن محمود بن عمر، **الفائق في غريب الحديث والأثر**، تحقيق علي محمد البجاوي ومحمد أبو الفضل إبراهيم، دار الفكر/ بيروت، بدون طبعة، ١٩٩٠.

٦٣- الزيلعي: العلامة فخر الدين عثمان بن علي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب العربي/ القاهرة، بدون طبعة وتاريخ.

٦٤- الزيلعي: الإمام جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف، **نصب الراية تخريج أحاديث الهداية**، تصحيح محمد عوامة، دار القبلة الإسلامية/ جدة، ط١، ١٩٩٧.

٦٥- السجستاني: الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث، **سنن أبي داود**، تحقيق صدقي جميل العطار، دار الفكر/ بيروت، بدون طبعة ١٩٩٤.

٦٦- السرخسي: الإمام محمد بن أحمد، **شرح كتاب السير الكبير**، تحقيق صلاح الدين المنجد، بدون دار نشر وطبعة وتاريخ.

٦٧- سعدي جلبي: سعد بن عيسى بن أمير خان، **حاشية السعدي على العناية**، مطبوعة بهامش شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٥.

٦٨- السغدي: علي بن الحسين بن محمد، **النتف في الفتاوي**، تحقيق د. صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، دار الفرقان/ عَمَّان، ط٢، ١٤٠٤هـ.

٦٩- السيوطي: الحافظ جلال الدين، **سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي**، ضبط صدقي جميل العطار، دار الفكر/ بيروت، بدون طبعة، ١٩٩٥.

٧٠- السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن، **شرح التنبيه**، دار الفكر/ بيروت، ط١، ١٩٩٦.

٧١- الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم اللخمي الغرناطي، **الموافقات في أصول الأحكام**، تعليق عبد الله دراز ومحمد حسنين مخلوف، دار الفكر/ بيروت، بدون طبعة وتاريخ.

٧٢- الشافعي: الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس، **الأم**، تعليق محمود مطرجي، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٣.

٧٣- ابن شداد: القاضي بهاء الدين، **دلائل الأحكام**، تحقيق الشيخ محمد بن يحيى بن حسن الجيمي، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩١.

٧٤- الشربيني: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية/ بيروت، بدون طبعة وتاريخ.

٧٥- الشربيني: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، بعناية محمد حليل عيتاني، دار المؤيد/ الرياض، دار المعرفة/ بيروت، ١٩٩٧.

٧٦- الشلبي: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد، **حاشية الشلبي على تبيين الحقائق**، دار الكتاب العربي/ القاهرة، ط٢.

٧٧- الشوكاني: الإمام محمد بن علي، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأبرار**، تعليق مأمون خليل شيحا، دار المعرفة/ بيروت، ط١، ١٩٩٨.

٧٨- الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، إشراف صدقي محمد جميل العطار، دار الفكر/ بيروت، بدون طبعة، ١٩٩٤.

٧٩- الصالحي: العلامة محمد بن طولون، **الشذرة في الأحاديث المشتهرة**، تحقيق كمال بن بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٣.

٨٠- الصاوي: الشيخ أحمد، **بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير**، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٥.

٨١- الصنعاني: العلامة ابن الأثير، **العدة على إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، ضبط د. عبد المعطي أمين قلعي، دار الأقصى/ القاهرة، ط١، ١٩٩٠.

٨٢- الصنعاني: الإمام أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع، **المصنف**، تحقيق أيمن نصر الدين الأزهري، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ٢٠٠٠.

٨٣- الطبراني: الحافظ أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب اللخمي، **المعجم الكبير**، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، بدون طبعة وتاريخ.

٨٤- الطبراني: الإمام أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب اللخمي، **المعجم الوسيط**، محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية/ بيروت، دار الفكر/ عَمَّان، ط١، ١٩٩٩.

٨٥- الطحاوي: الإمام أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة، **شرح معاني الآثار**، تحقيق محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط٢، ١٩٨٧.

٨٦- الطيالسي: الحافظ سليمان بن داود بن الجارود الفارسي البصري، **مسند أبي داود الطيالسي**، دار المعرفة/ بيروت.

٨٧- ابن عابدين: محمد علاء الدين أفندي، **تكملة رد المختار** (حاشية قرة عيون الأخبار)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط٢، ١٩٦٦.

٨٨- ابن عابدين: الشيخ محمد أمين، **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار** (حاشية ابن عابدين)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط٤، ١٩٦٦.

٨٩- ابن عابدين: **العقود الدرية في تنقيح الفتاوي الحامدية**، المطبعة العامرة بالميرية/ بولاق، بدون طبعة، ١٣٠٠هـ.

٩٠- ابن عابدين: السيد محمد أمين، **مجموعة رسائل ابن عابدين**، دار إحياء التراث العربي/ بيروت، بدون طبعة وتاريخ.

٩١- العثماني: أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي، **رحمة الأمة في اختلاف الأئمة**، بهامش الميزان الكبرى، دار الفكر، ط١.

٩٢- العدوي: الشيخ علي بن أحمد، **حاشية العدوي على الخرشي**، ضبط الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٧.

٩٣- ابن العربي: أبو بكر محمد بن عبد الله، **أحكام القرآن**، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية/ بيروت، بدون طبعة، ١٩٩٦.

٩٤- ابن العربي: الحافظ أبو بكر محمد بن عبد الإشبيلي المالكي، **عارضة الأحوذي شرح صحيح الترمذي**، دار الكتاب العربي/ بيروت، بدون طبعة وتاريخ.

٩٥- العسقلاني: الحافظ شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر، **تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**، تعليق عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة/ بيروت، بدون طبعة وتاريخ.

٩٦- العسقلاني: الحافظ شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، تحقيق عبد العزيز بن باز، دار السلام/ الرياض، دار الفيحاء/ دمشق، ط١، ١٩٩٧.

٩٧- عليش: العلامة محمد بن أحمد بن محمد، **تقريرات عليش على الشرح الكبير**، دار الكتب العملية/ بيروت، ط١، ١٩٩٥.

٩٨- عليش: العلامة محمد بن أحمد بن محمد، **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك**، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط الأخيرة، ١٩٥٨.

٩٩- عليش: العلامة محمد بن أحمد بن محمد، **منح الجليل شرح مختصر سيدي خليل**، دار الفكر/ بيروت، بدون رقم طبعة، ١٩٨٩.

١٠٠- العيني: أبو محمد محمود بن أحمد، **البناية في شرح الهداية**، دار الفكر/ بيروت، ط٢، ١٩٩٠.

١٠١- الغزالي: حجة الإسلام محمد بن محمد، **الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي**، ضبط خالد العطار، دار الفكر/بيروت، بدون رقم طبعة، ١٩٩٥.

١٠٢- الغزالي: حجة الإسلام محمد بن محمد، **الوسيط في المذهب**، تحقيق أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، دار السلام، ط١، ١٩٩٧.

١٠٣- الغزنوي: أبو حفص عمر، **الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل أبي حنيفة**، تحقيق محمد زاهد بن الحسن الكوثري، مكتبة الإمام أبي حنيفة، ط٢، ١٩٨٦.

١٠٤- الفيروزأبادي: محمد الدين محمد بن يعقوب، **بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز**، تحقيق عبد العليم الطحاوي، المكتبة العلمية/بيروت، بدون طبعة.

١٠٥- الفيروزأبادي: العلامة مجد الدين محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط**، تحقيق محمد عبد الرحمن مرعشلي، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي/بيروت، ط١، ١٩٩٧.

١٠٦- الفيومي: العلامة أحمد بن محمد بن علي، **المصباح المنير**، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية/صيدا، ط١، ١٩٩٦.

١٠٧- القادري: الشيخ محمد بن حسين بن علي الطوري، **تكملة البحر الرائق**، ضبط الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية/بيروت، ١٩٩٧.

١٠٨- القرافي: شهاب الدين أحمد بن إدريس، **الذخيرة**، تحقيق سعيد أعراب ومحمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٩٤.

١٠٩- القرافي: أبو العباس أحمد بن إدريس الصهناجي، **الفروق** (أنوار البروق في أنواء الفروق)، ضبط خليل المنصور، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٨.

١١٠- القرطبي: القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، تعليق عبد الحليم محمد عبد الحليم، دار الكتب الإسلامية، ط٢، ١٩٨٣.

١١١- القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، **الجامع لأحكام القرآن**، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط٥، ١٩٩٦.

١١٢- القزويني: الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد، **سنن ابن ماجه**، تصحيح محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وتاريخ.

١١٣- ابن قودر: شمس الدين أحمد الملقب بقاضي زاده، **تكملة شرح فتح القدير**، تعليق عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٥.

١١٤- الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٧.

١١٥- الكردري: الإمام حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز، **الفتاوي البزازية**، المطبوعة بهامش الفتاوي الهندية، دار إحياء التراث العربي/ بيروت، ط٤، ١٩٨٦.

١١٦- الكليولي: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المشهور بشيخي زاده، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، ضبط خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٨.

١١٧- الكناني: الشيخ بن سلمون، **العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام**، المطبوع بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون، دار الكتب العلمية/ بيروت، بدون طبعة، ١٣٠١هـ.

١١٨- الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود دار الكتب العلمية/ بيروت، بدون طبعة، ١٩٩٩.

١١٩- مذكور: إبراهيم وزملاؤه، **المعجم الوسيط**، بدون معلومات النشر.

١٢٠- المروزي: الإمام أبو عبد الله محمد بن نصر، **اختلاف العلماء**، تحقيق السيد صبحي السامرائي، عالم الكتب/ بيروت، ط٢، ١٩٨٦.

١٢١- المغربي: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن العدوي الشهير بالحطاب الرعيني، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ضبط الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٥.

١٢٢- المقدسي: شيخ الإسلام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، **الكافي في فقه الإمام أحمد**، تحقيق محمد فارس ومسعد عبد الحميد السعدني، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٤

١٢٣- المقدسي: شيخ الإسلام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، **المغني على مختصر الخرقي**، ضبط عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٤.

١٢٤- المناوي: محمد عبد الرؤوف، **التعاريف المهمات**، تحقيق د. محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر/ بيروت، ودار الفكر، ط١، ١٤١٠هـ.

١٢٥- المنذري: الإمام زكي الدين عبد العظيم بن عبد القوي، **الترغيب والترهيب من الحديث الشريف**، تحقيق محيي الدين ديب مِستُّو وآخرين، دار ابن كثير ودار الكلم الطيب/ دمشق وبيروت. مؤسسة علوم القرآن/ عجمان، ط٢، ١٩٩٦.

١٢٦- ابن منظور: العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري، **لسان العرب**، دار الفكر، دار صادر/ بيروت، ط٦، ١٩٩٧.

١٢٧- المواق: أبو عبد الله محمد بن يوسف، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، ضبط الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٥.

١٢٨- الموصلي: الإمام عبد الله بن محمود بن مودود، **الاختيار لتعليل المختار**، تعليق عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، ط١، ١٩٩٨.

١٢٩- الميداني: الشيخ عبد الغني الغنيمي، **اللباب في شرح الكتاب**، تحقيق عبد المجيد طعمة حلبي، دار المعرفة/ بيروت، ط١، ١٩٩٨.

١٣٠- ناصر الدين: مهدي محمد، **ديوان طَرَفَة**، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، بدون تاريخ

١٣١- ابن نجيم: الشيخ زين الدين بن إبراهيم، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٣.

١٣٢- ابن نجيم المصري: الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ضبط الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٧.

١٣٣- النفراوي: العلامة أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، **الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني**، ضبط الشيخ عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٧.

١٣٤- النسفي: الإمام نجم الدين أبو حفص عمر بن محمد، **طلبة الطلبة في الألفاظ الفقهية**، تحقيق الشيخ خالد عبد الرحمن العك، دار النفائس/ بيروت، ط١، ١٩٩٥.

١٣٥- النووي: الإمام محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف، **تهذيب الأسماء واللغات**، دار الفكر/ بيروت، ط١، ١٩٩٦.

١٣٦- النووي: الإمام محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف، **روضة الطالبين وعمدة المتقين**، تقديم عبد الله عمر البارودي، دار الفكر/ بيروت، بدون طبعة، ١٩٩٥.

١٣٧- النووي: الإمام محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف، **المجموع شرح المهذب**، تحقيق محمد نجيب المطيعي، دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة، ١٩٩٥.

١٣٨- النووي: الإمام محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف، **صحيح مسلم بشرح النووي**، تحقيق الأستاذ محمد محمد تام، دار الفجر للتراث/ القاهرة، ط١، ١٩٩٩.

١٣٩- النيسابوري: أبو بكر محمد بن إبراهيم الشهير بابن المنذر، **الإشراف على مذاهب أهل العلم**، تقديم عبد الله عمر البارودي، دار الجنان، دار الفكر/ بيروت، بدون طبعة، ١٩٩٣.

١٤٠- النيسابوري: الإمام مسلم بن الحجاج القشيري، **الجامع الصحيح**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبة الفيصلية/ مكة المكرمة، بدون طبعة وتاريخ.

١٤١- ابن هبيرة: الوزير عون الدين أبو المظفر يحيى بن محمد، **الإفصاح عن معاني الصحاح في الفقه على المذاهب الأربعة**، تحقيق محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٦.

١٤٢- اليعمري: الإمام برهان الدين إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبو عبد الله محمد بن فرحون، **تبصرة الحكام**...، تعليق الشيخ جمال المرعشلي، دار الكتب العلمية/ بيروت، ط١، ١٩٩٥.

هذا الكتاب

يشمل هذا الكتاب المواضيع والمسائل التي تسهم في إزالة بعض الضرر الواقع على المرأة بسبب الطلاق الذي يتعسف زوجها في إيقاعه عليها، أو بسبب رفضه طلاقها تحكماً بها وإذلالاً لها، وتشمل أيضاً سلطة القاضي في ذلك.

وقد قسمت هذا الكتاب على النحو التالي:

الباب التمهيدي، «الطلاق مشروعيته وتقسيماته».

الباب الأول، «الطلاق التعسفي وآثاره».

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: تأصيل مبدأ التعسف في استعمال الحق في الفقه

الفصل الثاني: مدى انطباق مبدأ التعسف في استعمال الحق على الطلاق

الفصل الثالث: الآثار المترتبة على التعسف في استعمال الحق في الطلاق في الفقه والقضاء

الباب الثاني، «التفريق بواسطة القضاء».

وفيه تمهيد وثلاثة فصول:

التمهيد: شرعية اللجوء إلى القضاء في باب الطلاق

الفصل الأول: التطليق لعدم الإنفاق في الفقه والقضاء

الفصل الثاني: التطليق للضرر في الفقه والقضاء

الفصل الثالث: فرقة الخلع بين التراضي والتقاضي في الفقه والقضاء

الخاتمة: وفيها عرض لأهم النتائج والتوصيات.

المؤلف



السيرة الذاتية لسماحة الدكتور الشيخ تيسير رجب بيوض التميمي قاضي قضاة فلسطين

- الاسم: تيسير رجب بيوض التميمي.
- مكان وتاريخ الميلاد: البلدة القديمة - الخليل، بتاريخ ١٠/٢١/١٩٥٢م.
- تلقى تعليمه الابتدائي والإعدادي والثانوي في مدن (القدس - اريحا - إربد - بيت لحم).
- عمل في المحاكم الشرعية قاضيا ثم مفتشا للمحاكم الشرعية ومديرا لها ثم نائبا لقاضي القضاة وقائما بأعماله ثم عين قاضيا لقضاة فلسطين بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/٢٥م.
- عين رئيسا للمحكمة الشرعية العليا ورئيسا للمجلس الأعلى للقضاء الشرعي في دولة فلسطين بتاريخ ٢٠٠٣/٦/٢٥م.
- رئيس لجنة الدفاع عن المقدسات الإسلامية والمسيحية في القدس.
- انتخب نائبا لرئيس رابطة علماء فلسطين سنة ١٩٩٢م.
- انتخب أمينا لسر الهيئة الإسلامية العليا في القدس سنة ١٩٩٨م.
- مدرس وخطيب الحرم الإبراهيمي الشريف.
- محاضر في جامعة القدس.
- رئيس جمعية العفاف الخيرية.
- الرئيس المسلم للهيئة الاسلامية المسيحية لنصرة القدس والدفاع عن مقدساتها وأوقافها.
- عضو اللجنة الوطنية والإسلامية لمواجهة الاستيطان.
- عضو الأمانة العامة لرابطة علماء الشام.
- له عدة مؤلفات بالإضافة إلى المقال الأسبوعي في جريدة القدس المقدسية منذ سنوات.
- شارك في العديد من مؤتمرات القمم الإسلامية والعربية في عام (٢٠٠٠-٢٠٠١-٢٠٠٢-٢٠٠٣م) ومن هذه المؤتمرات على سبيل المثال: (اجتماع لجنة القدس في المغرب- اجتماع مجلس جامعة الدول العربية في القاهرة - مؤتمر القمة الإسلامي في الدوحة - مؤتمر القمة العربية في عمان - المؤتمر الثاني عشر لمجمع البحوث الإسلامية (هذا هو الإسلام) - مؤتمر الفكر العربي الأول في القاهرة - شارك في اجتماع الإسكندرية ولندن للقيادات الدينية في الأراض[illegible]سة).

9 771065 770

I.S.B.N. 977-10-2467-1

تطلب جميع منشوراتنا من وكيلنا الوحيد بالكويت والجزائر

دار الكتاب الحديث